MARINI GUARANI
IN UNIVERSITATE NEAPOLITANA
JURIS CIVILIS
ORDINARII PROFESSORIS

PRÆLECTIONES
AD
INSTITUTIONES JUSTINIANI
IN USUM
REGNI NEAPOLITANI

LIBER II.



NEAPOLI MDCCLXXIX.
EX TYPOGRAPHIA SIMONIANA.
Cum publica venia.

INDEX

TITULORUM.

XXII.

PRÆ-

PRÆLECTIONES
AD INSTITUTIONES
JUSTINIANI.
LIBER II.

TITULUS I.

De rerum divisione, & acquirendo earum dominio.

HOc in titulo exponuntur argumenta duo magni quidem usus in jure civili, alterum de divisione rerum, alterum de ipsarum acquirendo dominio. Utrumque brevitatis causa hic conjunxit Tribonianus, licet separatim expediatur in latioribus pandectarum libris. In re tam momentosa pandectarum ordinem sequi lubet. Quod ad primum igitur, apud vetustissimos mortales in negativa illa communione nullum ferme rerum discrimen erat, & earum divisiones ignotæ. Enimvero ubi ab ea communione recesserunt homines, diversæ statim rerum divisiones apud diversas Gentes sunt institutæ: jurisconsultorum subtilitati relictum, ut ad cujusque Civitatis regimen rerum divisiones accommodarent: neque enim quælibet rerum divisio cuilibet Civitati convenit. Nam falluntur quidem interpretes, qui sub unius Imperio studiosis unice in-

culcant celeberrimam illam rerum divisionem sub libera Republica olim inventam. Conf. *jus Regn. libr.* 2. *tit.* 1. §. 1. *& sequ.*

II. Summa autem rerum divisio in institutionibus a Triboniano proposita id spectat, ut *quædam in patrimonio*, *quædam extra patrimonium* intelligantur esse *princ. h t.* In patrimonio, seu, quod eodem redit, *in bonis* esse jurisconsulti dixerunt, non solum quæ in nostro dominio constituta forent, sed & quæcumque aut peti per actionem possent, aut retineri per exceptionem. In patrimonio etiam dixerunt esse, quæ bona fide possidentur a nobis *l.* 49. *ff. de verb. signif.* Contra extra patrimonium in jure dicuntur, quæ aut in commercio esse nequeunt, aut domino in præsenti carent. Res domino in præsenti carere possunt, seu quia a dominis sunt derelictæ, seu quia in communione negativa positæ nondum ab aliquo sunt occupatæ. Ea autem rerum divisio & summa videri debet, & res omnes ambitu suo complectitur. Falluntur igitur, qui tertium rerum genus distinguendum existimant decepti loco Pauli *in l.* 1. *ff. de us. & usufr. legat.* Porro summam hanc rerum divisionem in prædicto institutionum loco accuratius explicat Tribonianus ex Marciano *in l.* 2. *ff. de divis. rer.* Nimirum seu in patrimonio, seu extra patrimonium res sint, generatim *quædam naturali jure communia sunt omnium*, *quædam publica*, *quædam universitatis*, *quædam nullius*, *pleraque singulorum*. Flagitat igitur instituti ratio, ut & accuratius hanc rerum divisionem enucleemus, & jurisconsultorum in eo argumento philosophiam expediamus.

III. Quod igitur ad res jure naturali commu-

nes,

nes, ejusmodi censuerunt esse jurisconsulti, quæ vel propter immensitatem suam, vel propter earum usum omnibus mortalibus necessarium in prima rerum divisione occupari non potuerunt. Inter communia autem retulerunt aerem, aquam profluentem, mare, ejusque litora ad commodum maris usum. Neque enim mare usum præstare posset, si liber ad litus negaretur appulsus §. 1. & 5. *h. t.* Ex dictis liquet, res communes secundum jurisconsultos in negativa veluti communione fuisse relictas. Hinc privatis adjudicarunt mare, quod jactis in altum molibus interceptum esset *l.* 3. *ff. ne quid in loc. publ.* Privatis etiam vacuum in litore locum censuerunt acquiri, si ibi ædificia privati ponerent *l. 6. princ. ff. de divis. rer.* Quod tamen diximus, ex regulis Romani juris per inædificationem acquiri litora, id caute debet intelligi. Primo enim id admitti noluere veteres, si deterior litoris usus ædificando fieret *d. l.* 3. *ff. ne quid in loc. publ.* Hinc in litore, aut mari sine decreto Prætoris ædificari non posse monet Pomponius *l.* 50. *ff. de acquir. rer. dom.* Deinde ab eo occupandi jure peregrinos excludendos pronunciarunt. Jus scilicet per inædificationem occupandi litora divisum inter mortales esse docuerunt pro diversitate Imperiorum, quibus ipsa litora continerentur. Proinde & litora, in quæ porrigeretur Romanum Imperium, Romanis tantum adjudicarunt, & ab eis peregrinos excludi posse censuerunt *d. l.* 3. *ff. ne quid in loc. publ.* Est autem litus, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit §. 3. *h. t.*

IV. Quod ad res publicas, eo vocabulo jurisconsulti designarunt ea, quorum proprietas quidem ad unamquamque Rempublicam pertineret,

uſus vero ad cujuſque tantum Reipublicæ cives. Vide doctores ad §. 2. *h. t.* Eum autem in numerum retulere veteres portus, flumina, eorumque ripas, & alveos. Enimvero cauſa fluminum a ripis, & alveis diverſa eſt in jure civili. Nam ipſum quidem flumen publicum perpetuo cenſetur, ejuſque dominium ad Rempublicam omnino pertinet. Contra ripæ, & alvei publica ſunt quod ad uſum tantum: proprietas eorum eſt, quorum prædia contingunt §. 4. *h. t. & l.* 5. *ff. de rer. diviſ.* Hinc in flumine nata inſula vicinorum erit, &, recedentibus aquis, ad eoſdem pertinebit alveus §. 22. *& ſequ. inſtit. eod.* Id æquitas ipſa ſuaſit: ita enim proprii prædii cuique fit reſtitutio, quod interceptum vi fluminum plerumque præſumi debet. Cum vero rerum publicarum uſus ad cujuſque tantum Reipublicæ cives pertineat, nulla peregrinis infertur injuria, ſi in noſtro flumine piſcari prohibeantur. Neque abſurdum videri debet, piſcationem in flumine civibus patere tantum, ejuſdem vero profluentem aquam mortalibus omnibus communem eſſe. Nam flumen quidem, quatenus cum ripis, & alveo unum veluti corpus conſtituit, ſub ipſius Reipublicæ imperio fingi debet. Recte igitur piſcationis emolumento peregrini ſunt interdicti. Verum aqua profluens, cum diverſa ſit ſemper, & ipſa ſui celeritate dominium non admittat, ſub imperio Reipublicæ fingi non poteſt. Proinde juris ratio poſtulabat, ut aquæ profluentis uſus ipſis peregrinis communis eſſet. Falſus eſt igitur poſt Hotomannum Noodtius, qui juriſconſultos inter res communes, & publicas nullum diſcrimen ſtatuiſſe cenſet *probab.* 1. 8.

V.

V. Ita quidem de communibus, ac publicis rebus philosophati sunt jurisconsulti veteres sub libera Republica nati: eamdem tamen philosophiam perperam receperunt juniores jurisconsulti, qui sub Principatu vixerunt. Sub unius enim imperio res communes, ac publicas inter jura Majestatis referri oportebat. Sane hodie portus, & flumina navigabilia, aut ex quibus navigabilia fiunt, & si quæ alia publica dicebantur olim, in tota ferme Europa, & in Regno Neapolitano potissimum ad jura Majestatis pertinent. Quod ad res communes, ne de iis quidem secundum veterum jurisconsultorum regulas sub unius imperio pronunciandum videtur. Nam neque aer, neque aqua profluens, nec mare, ejusve litora inter res vere communes apud nos referri debent. Quod enim ad aerem, is, seu supra terram, seu supra aquam porrectus intelligatur, ipsius terræ, vel aquæ jus sequi debet. Quapropter siquidem territorium Principis inspiciatur, ad jura Majestatis pertinet: sin spectentur singulorum prædia, ipsis privatis est addicendus. Sane ex ipsis regulis Romani juris in muro meo supra alienam aream mœniana, vel protectum extruere nequeo, nisi eam ob rem servitus constituta fuerit *l.* 22. §. 4. *ff. quod vi, aut clam.* Id autem ita cautum, quia supra alienam aream expansus aer pertinet ad areæ dominum. Quod ad profluentem aquam, ea quoque diverso a fluminibus jure censeri non debet. Cum igitur ubique fere Gentium flumina ad Principes pertineant, aqua etiam profluens inter jura Majestatis est referenda. Vid. Christ. Thomas. ad *Huber. prælect. h. t. n.* 5. Denique quod ad mare, ipsi Imperatores sub Principatu ejus dominium sibi vin-

dicarunt, ut late ostendit Jacobus Gothofredus *in diss. ad l. 9. ff. de leg. Rhod. de jact. c. 7.* Superiori quidem seculo de maris imperio acerrime disputarunt Grotius, & Seldenus, pro maris libertate Grotius, Seldenus pro dominio Principum; doctorum tamen consensus Seldeno plaudit. Nihil enim impedimento est, quominus exemplo fluminum mare quoque ad jura Majestatis pertineat. His ita constitutis, ne innoxium quidem maris usum privati hodie usurpare possunt. Nam suo jure Principes recte decernunt, quatenus, & quomodo cives, & peregrini in mari versari queant; quæ etiam per mare merces, & ad quos transvectari possint. Ejusmodi autem controversiæ cum civibus secundum Regni leges, cum peregrinis ex jure fœderum definiri debent. Vid. Heinecc. *in exercit. de navib. ob mercat. vetit. mercium commiss.* Sed, his omissis, de rebus universitatum pauca delibemus.

VI. Quod ad res universitatis, ut eæ facilius intelligantur, universitas ipsa definiri debet. Universitas autem opportune definiri queat *civilis hominum societas, quæ neque familia, neque libera sit Respublica.* Quapropter universitates sunt collegia, vici, pagi; civitates etiam, modo summo non utantur imperio. Quæ igitur ad ea corpora pertinent, res universitatis dixere veteres §. *6. h. t.* Ejusmodi sunt publica pascua, aut nemora, theatra, gymnasia. Ea autem in usu sunt quidem singulorum civium; ad ipsam tamen universitatem dominio, & proprietate pertinent. Vide doctores ad *d. §. 6. h. t.* Hinc facile intelligitur, res universitatis ab ipsius patrimonio distingui oportere: in patrimonium enim

uni-

universitatis nullus est civium usus. Proinde si de patrimonio universitatis agatur, a dicendo testimonio cives arceri non debent. Nam ex ejusmodi controversiis nullum in cives commodum redire solet. Contra si de rebus universitatis sit controversia, cives testimonii dictionem non habent: ipsorum enim interest ob communem singulorum usum, sententiam pro universitate ferri. Nunc de rebus nullius sermonem instituamus.

VII. Complures in jure res nullius dicuntur. Nam eo quidem vocabulo designari solent non solum hereditas jacens, & generatim omnia, quæ domino in præsenti carent, sed res etiam universitatis, & quæ in civium communi sunt usu *l. 1. princ. ff. de divis. rer.* Enimvero res sacras, sanctas, religiosas potiori quodam jure res nullius dixere veteres. Nimirum reliquæ res nullius dici solitæ ita comparatæ erant, ut in mortalium bonis esse aliquando possent. Verum res sacræ, sanctæ religiosæ in hominum dominium redire non poterant, quia in Deorum dominium translatæ credebantur: eæ in hominum commercium tandem redibant, ubi, sacris evocatis, religione liberatæ forent *l. 6. §. 3. ff. eod.* Quod autem ad res sacras, olim sub Republica libera ut res sacra fieret, Diis superis consecranda per Pontifices erat. Id institutum eo collineabat, ne qua peregrina religio in Urbem illata aut peregrina superstitione cives inficeret, aut eos ab avita religione distraheret. Vix enim in Civitate concordia sperari potest, si diversa religione civium animi dividantur. Enimvero ubi Rempublicam invasere Principes, ad firmandum Principatum Pontificis quoque maximi titulum assumentes sacrorum arbitrium in se

tranſtulerunt Tacit. *an.* 3. 58. Exinde igitur rerum ſacrandarum facultas inter jura Majeſtatis referri cœpit: nulla etiam res ſacra credita, niſi ab ipſo Principe, aliiſve, quibus id demandaſſet, ſacrata foret. Ubi rerum potiti ſunt Chriſtiani Principes, Pontificis maximi recuſato titulo, ſacrorum curam Epiſcopis reliquerunt. Id factum tamen, ſalvo Majeſtatis jure, quæ, quatenus patitur Chriſtiana religio, ad ſacrorum quoque curam extenditur. Eo jure uſi Chriſtiani Principes ipſi quoque res ſacras alienari prohibuerunt. Earum tandem conceſſerunt alienationem, ſi aut captivos redimi, aut in publica fame pauperes ali oporteret, aut ipſarum Eccleſiarum æs alienum exolvi §. 8. *h. t. l.* 22. *C. de ſacroſ. Eccleſ. novell.* 120. *c.* 10.

VIII. Quod ad res religioſas, apud juriſconſultos ejuſmodi ſunt ſola ſepulcra. Locum autem purum, & religione vacuum priſca ſuperſtitio religioſum fieri credebat non ſolum per totius cadaveris, ſed per ſolius etiam capitis illationem. Si factum id eſſet, ſepulcrum in Deorum manium dominium ſtatim translatum credebatur. Non mirum igitur, ſi ſepulcrum alienari non poſſet. Tantum ipſum jus ſepeliendi quocumque titulo in alium recte transferebatur. Hinc jus inferendi mortui non prohibetur legare teſtator *l.* 14. *C. de legat.* Neque vero ſola cadaveris illatione religione locus occupabatur: nam & fundi dominum eam in rem conſentire oportebat. Id ita placuit, ne ſine facto ſuo deterior cujuſquam conditio fieret. Inde factum, ut in fundum fructuarium cadaver inferri non poſſet, niſi proprietarius ſimul, & uſufructuarius conſenſum interpoſuiſſet *l.* 2. §. 1. & 7. *ff. de relig. et* §. 9. *h. t.*

IX.

IX. Porro in Urbe cadavera sepeliri prohibuere Decemviri, ne ob ferales ejulationes apud tumulum Martia Romanorum pectora dissolverentur. Fletus enim longiores augent mortis opinionem, ad cujus contemptum assuefaciendi Romani erant. Hinc extra Urbem in prædiis suum cuique sepulcrum; pauperiorum cineres publicis sepulcretis demandabantur. Ad Christianos Principes translato rerum arbitrio, secundum veterum instituta intra urbes quoque sepulcra sunt vetita. Sane ipse Theodosius Magnus valescentem morem sepeliendorum intra urbes cadaverum lege coercuit *l.* 4. *C. Theod. de sepulcr. violat.* Verum legem tandem vicere mores, ex quo sepulcra Martyrum intra urbes transferri cœperunt. Nimirum, pace Christianis parta, ad publicæ pietatis ostentamentum & intra urbes Martyrum translatæ reliquiæ, & eis certatim extructa sunt templa. Ita illustribus pietate, vel nobilitate viris primum in templorum vestibulo, mox in ipsis Ecclesiis concessa sepulcra. Conf. Murat. *anecdot. latin. dissert.* 17. His initiis primus in Oriente Leo Sapiens veterem legem de non sepeliendis intra urbes cadaveribus abrogavit *novell.*53. Eodem ferme seculo Episcopis, & parochis in Occidente data facultas suo arbitrio statuendi, quos intra Ecclesias sepeliri oporteret Concil. Meldens. *can.* 72. Ita passim non solum cum maximo mortalium damno intra urbes sunt translata sepulcra, sed & intra augustissima templa promiscua sepultura concessa fuit. Id ipsum tamen factum contra Ecclesiæ mentem. Nam, ut constat ex rituali Romano, ipsa novissima disciplina tantum in cœmeteriis, si fieri possit, sepulcra permittit.

X.

X. Quod ad res sanctas, ejusmodi censuere veteres muros, & portas Civitatis §. 10. *h. t.* Muris Civitatum sanctitas tributa fuit, quia non solum sanctione pœnali defendebantur adversus injurias, sed & quia cæremoniis suis extructi Diis medioxumis consecrari solebant Plutarch. *in Romul.* Id factum oportuit in Martia Civitate, ut non minus pro mœnibus, quam pro religione quoque cives dimicare se crederent. Eamdem sanctitatem & portis Civitatum tribuere veteres. Portæ quidem Diis sacrari non poterant, cum per eas cadavera frequentissime transvectarentur. Earum tamen sanctitas inde promanabat, quod pœnali sanctione muniebantur adversus injurias, earumque violatoribus imminebat capitale supplicium. Eo respectu igitur jurisconsultus portas sanctis accenset *in l.2. ff. ne quid in loc. sacr.* Conf. Oisel. ad *Caii instit. libr. 2. tit.* 1. §. 1. Nunc, quod superest, de rebus singulorum pauca subnectamus.

XI. Res singulorum in jure dicuntur, quæ ad privatos in Civitate pertinent. Et apud nos quidem res privatorum omnes & ejusdem sunt fermè generis, & ejusdem fere juris existimantur. Verum apud Romanos olim nec ejusdem generis res privatorum erant, nec ejusdem juris existimabantur. Romæ scilicet res privatorum aut *mancipi*, aut *nec mancipi* erant. *Mancipium* dixere veteres dominium illud nobilius, quod unis civibus competere poterat: id dominio naturali opponebatur, cujus tantum peregrini capaces erant. Res igitur mancipi censebantur, quæ in dominio Quiritario essent: id autem dominium parabatur, si modis acquirendi civilibus res a civibus acquisitæ forent.

Res

Res nec mancipi erant, quæ in dominio tantum naturali possessoris forent. Justinianus quidem res generatim omnes eodem jure possideri jussit, ac rerum mancipi, ac nec mancipi discrimen omnino sustulit *l. un. C. de nud. jur. Quirit. toll.* In pandectis tamen veteris differentiæ vestigia haud infrequenter occurrunt. Juvabit igitur ad antiqui juris intelligentiam, accuratius hic definire res mancipi.

XII. Res igitur mancipi dicebantur, quæ & per mancipationem alienari poterant, & in dominio Quiritario esse Ulpian. *fragm. tit.* 19. §. 3. Quod ad mancipationem ea singularis species alienationis erat, quæ competebat solis civibus, aut illis, quibus jus commercii datum esset. Eadem coram libripende, antestato, & quinque testibus certis verbis expedienda erat. Vide Caium *instit. libr.* 1. *tit.* 6. §. 2. *ex recens. Schulting.* Illud singulare in mancipatione erat, quod & res per eam traditæ statim in accipientis dominium Quiritarium transferrentur, & rei mancipatæ periculum penes mancipantem esset. Proinde si per mancipationem res tradita evicta foret, mancipans in duplum obligabatur Paul. 2. *sentent.* 17. Vid. Aleandr. ad *Caium loc. cit. ex recens. Schulting. not.* 21. At vero si res mancipi foret, non sola mancipatione quidem, sed & quibuscumque modis acquirendi civilibus ejus dominium Quiritarium in alterum transferri poterat. Mancipationem tamen hic speciatim exposui, quia singulares ejus effectus erant. De ceteris vero civilibus acquirendi modis infra videbimus *libr.* 2. *tit.* 6.

XIII. Porro res mancipi Ulpianus definire non ausus eas tantum recenset *fragm.* 19. 1. *Mancipi res sunt*

sunt prædia in Italico solo tam rustica, quam urbana; item jura prædiorum rusticorum, veluti via, iter, actus, & aquæductus: item servi, & quadrupedes, quæ dorso, collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceteræ res nec mancipi sunt. In præsenti argumento Ulpianus definitionem periculosam censuit. Prætermissa igitur definitione generis, ex jurisconsultorum more statim ad exempla progreditur. Proinde audacior Ulpiano Cujacius videri queat. Is vero res mancipi perperam definivit, quæ patrimonii partem nobilissimam complectuntur *in paratitl. ad tit. C. de usuc. transform.* Nam asinus bestiarum vilissima res mancipi est; eodem tamen jure ipsum aurum non censetur. In ea re igitur definitionibus abstineamus, atque Ulpiani enumeratione contenti simus. Enimvero in rebus enumerandis, quæ ætate sua mancipi erant, margaritas omittit jurisconsultus: & eæ enim inter res mancipi referuntur a Plinio *hist. natur.* 9. 35. Margaritas in numeratione sua fortasse præteriit Ulpianus, quia earum jurisconsulti vetustiores non meminerunt. Vide Bynkershoek *de reb. mancip. c.* 4. Margaritis exceptis igitur, generatim regulam Ulpiani sequemur: *ceteræ res nec mancipi sunt*.



De

De acquirendo rerum dominio.

DOminium generatim definiri potest *jus nobis in re nostra competens*. Proinde ut rectius intelligantur, quæ de dominio dicturi sumus, pauca hic de juribus admonebimus, quæ civibus competere solent in Civitate. Ex regulis igitur Romani juris generatim duo nobis possunt jura competere. Jus scilicet nobis competens necessario actionem gignit. Quemadmodum igitur duo tantum actionum genera occurrunt in jure civili §. 1. *instit. de action.* ita & duo tantum jura generatim sunt statuenda. Exemplo etiam actionum jurisconsulti jus nobis competens vel *in rem*, vel *in personam* dixerunt esse. Jus in rem appellarunt jurisconsulti, si sine respectu personæ res ipsa nobis esset obnoxia. Jus in personam dixerunt, si ad aliquid dandum, vel faciendum ipsa alicujus persona nobis obligata foret. Verum a jurisconsultorum formulis recessere doctores. Passim enim *in re*, & *ad rem* jura dividunt. Per jus ad rem jus in personam intelligunt. Sat absurde quidem jus in personam *jus ad rem* appellavere doctores; de vocabulis tamen cum seculo jurgare non lubet.

II. Jam vero jus ad rem definiri solet *facultas personæ competens in personam, ut hæc aliquid dare, vel facere teneatur*. Ex eo jure promanant obligationes personales omnes. Eæ, cum certæ personæ cohæreant, tantum obligatum ipsum obstringunt, & in alterum transire nequeunt. Verum de jure ad rem, & obligationibus inde manantibus differemus in libro tertio: hic, quod

ratio

ratio dominii postulat, de jure in re sermonem instituemus. Jus autem in re passim post Grotium definiri solet *facultas homini in rem competens sine respectu ad certam personam*. Id igitur juris ipsi rei cohæret, & rem ipsam perpetuo comitatur: proinde, re seu surrepta, seu deperdita, extingui non potest. Si factum quid tale fuerit, ejus rei causa adversus quemcumque possessorem licebit agere *l.* 25. *ff. de oblig. et action.* Juris autem in re species quatuor occurrunt in jure civili, *dominium* scilicet, *servitus*, *pignus*, *hereditas*. Conf. Huber. *digress. libr.* 4. *c.* 6. Quid hereditatis vocabulo in jure designari soleat, infra videbimus *libr.* 2. *tit.* 2. §. *ult.* De reliquis juris in re speciebus opportunius alibi disseremus. Hic, quod præsens titulus flagitat, de dominio tantum magno scelerum, ac virtutum inter mortales incitamento videbimus. Ut autem apte procedat suscepta disputatio, primum omnium dominii inter mortales originem; deinde ejusdem species, & causas investigabimus. Ita enim facilius innotescet, quibus modis jure seu Gentium, seu civili dominium acquiri possit.

III. Quod ad primum igitur, recte videtur pronunciasse Nerva, primum inter mortales dominium ex naturali rerum possessione originem accepisse *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* In primæva scilicet rerum communione in pari causa conditionem possidentis oportebat meliorem esse. Proinde inique fecisset ille, qui in rei controversæ dominio possidenti præferri voluisset. Ejus autem juris vestigia in iis hodie quoque cernimus, quæ in terra, mari, Cœloque capiuntur, quæque in negativa adhuc communione cen-

ſentur eſſe. Ea enim & ſtatim eorum fiunt, qui primi poſſeſſionem apprehenderint, eiſque, quamdiu in eorum poſſeſſione ſunt, adimi nequeunt. Ita igitur inter primos mortales neceſſario fiebat olim, ut inter poſſeſſionem, & dominium ipſum nil intereſſet. Enimvero id quidem dominium ſtabile, ac firmum non erat. Amiſſa enim poſſeſſione, ſtatim evaneſcebat. Nam ex ſola apprehenſione fieri non poterat, ut jus cujuſquam in rem apprehenſam ultra poſſeſſionis tempus extenderetur. Itaque, poſſeſſione quidem amiſſa, & prioris poſſeſſoris jus perimebatur, & in negativam communionem res ſtatim redibat. Ita in libero illo occupandi jure jurgia inter mortales creberrima. Ad ea igitur præcavenda conſultius viſum humano generi, dominium conſtituere firmum, ac ſtabile. Ad ejuſmodi tamen dominium conſtituendum opus communi pacto inter mortales fuit, quo & libero occupandi juri renunciaretur, & rei ſemel ab alio occupatæ poſſeſſionem nullus invaderet. Dominium igitur firmum, ac ſtabile, quo hodie utimur, ſine communi aliquo mortalium pacto non poteſt intelligi.

IV. Dubium tamen videri queat, utrum ejuſmodi pactum univerſum genus humanum, an ſingulæ Civitates inierint. Si primum dicatur, dominium ſtabile juri Gentium ſuam debet originem. Sin admittatur alterum, ejuſmodi dominium ex jure civili derivandum erit. Prior ſententia Grotio placuit *de jur. bell. & pac.* 2. 2. 2. Verum probabilius videri debet, pactum de dominio ſtabili a ſingulis Civitatibus fuiſſe initum. Ob diſcordias enim ex libera occupatione manantes ſingulæ Civitates neceſſario paciſci debuerunt, ut ci-

ves rerum semel occupatarum stabile dominium retinere pergerent, licet in naturali earum possessione non forent. Conf. Bynkershoek. *de domin. mar.* c. 1. Utcumque id fuerit, illud certe negari nequit, Romanos jurisconsultos hanc postremam Philosophiam fuisse sequutos. Ii enim docuerunt, rerum suarum dominium extra propriæ Civitatis territorium a domino non retineri. Inde autem liquet, secundum jurisconsultos dominium firmum, ac stabile ex pacto singularum Civitatum enatum esse. Sane scribit aperte Pomponius, res nostras pervenientes ad eas Gentes, quibuscum fœdus non sit, statim earum fieri *l.* 5. §. 2. *ff. de capt. & postlim.* Id jurisconsultus edixit, quia Civitatis nostræ conventio de rebus semel occupatis non invadendis homines alterius Civitatis obligare non poterat. Ea in re populos tantum Pomponius excipit, quibuscum fœdus fuisset initum. Nam fœderis quidem sanctitas postulabat, ut alterius Civitatis pactum de stabili inter cives dominio apud Civitatem fœderatam ratum haberetur. Conf. Bynkershoek *loc. cit.* Sed, his omissis, quod polliciti supra sumus, de dominii speciebus sermonem instituamus.

V. Quod ad dominii species, earum in jure civili complures occurrunt. Celeberrima apud jurisconsultos est dominii divisio in *Quiritarium*, & *naturale*. Postquam scilicet victricibus armis imperium protulere Romani, principia juris quædam vanissima excogitarunt, quæ tot bella feliciter depugnata populo rerum domino facile persuadere poterant. Ut igitur singularem illam libertatem ex jure Quiritium unice sibi vindicarunt, ita & singulare quoddam dominium sibi tribuerunt.

Id

Id & Quiritarium appellarunt, eoque solos Romanos potiri posse docuerunt. Ita jurisconsulti duplex distinxere dominium alterum *ex jure Quiritium*, alterum *ex jure Gentium:* hoc Quiritario oppositum *bonitarium* dici solet. Dominium Quiritarium a solis civibus acquirebatur; peregrinis dominium tantum ex jure Gentium acquiri poterat. Neque tamen quæcumque possidebantur a civibus, dominium Quiritarium admittebant. Nam sub dominio Quiritario res esse non poterat, nisi & mancipi esset, & modis acquirendi civilibus acquisita foret. Verum has quidem ambages abolevit Justinianus. Is enim, dominii causa ad simplicitatem juris Gentium revocata, inter dominium bonitarium, & Quiritarium differentiam omnino sustulit *l. un. C. de nud. jur. Quirit. tollend.*

VI. Frequens etiam apud veteres erat dominii divisio in *Prætorium*, & *civile*; *Italicum*, & *Provinciale*. Eas tamen dominii divisiones, cum ad novissimi juris intelligentiam vix usquam prosint, sciens ego prætereo. Rectius hodie ex fori usu dividi dominium queat in *plenum*, *directum*, & *utile*. Plenum dominium in foro dicitur, si jus utendi fruendi, & liberum de re statuendi arbitrium sit penes eumdem. Directum dominium appellatur, si jure utendi fruendi ultro se dominus abdicarit; ob eam autem abdicationem annua præstatio in speciebus, aut pecunia ab utili domino ei promissa fuerit. Utile denique dominium dici solet, si rei possessor jure quidem utendi fruendi non careat, de ea tamen libere statuere nequeat, ac prædictis præstationibus sit obnoxius. Ita sane in emphyteusi directum dominium est penes em-

phyteutici fundi dominum; utile vero dominium est penes emphyteutam. Sed, his omissis, dominii causas expediamus.

VII. Dominii causam in *remotam*, & *proximam* doctores passim partiri solent. Causa dominii proxima in jure *modus acquirendi* dicitur. Per eam acquirendi causam statim dominium in accipientem transfertur. Causa dominii remota a jurisconsultis *titulus* appellatur; ea non dominium transfert, sed tantum jus *ad rem*, quod ajunt, seu obligationem personalem producit. Ita sane venditio, & tituli id genus alii nobis alterum ad dandum obstringunt; venditæ tamen rei dominium per traditionem tandem transfertur. Venditio igitur titulus, traditio modus est acquirendi. Proinde per titulum jus tantum in personam quæri potest, neutiquam vero dominium. Jure naturali nil quicquam impedimento est, quominus sine traditione dominium transferatur Pufendorf. *de jur. Natur. & Gent.* 4. 9. 8. Verum ex regulis Romani juris sine traditione neque dominium, neque aliud jus in re transferri potest *l.* 20. *C. de pact.* Non desunt quidem in jure species, in quibus sine traditione dominium transfertur; eas tamen juris exceptiones in tempore enarrabimus.

VIII. Porro quod ad titulos acquirendi dominii, eorum octo tantum in pandectis occurrunt; *pro empto* scilicet, *pro legato*, *pro donato*, *pro soluto*, *pro dote*, *pro suo*, *pro derelicto*, *pro adjudicato*. His tamen recte doctores adjiciunt titulos *pro permutato*, *pro transacto*. Sat enim constat, permutationis, aut transactionis titulo in alios dominium transferri posse. At vero per-

pe-

peram quidam titulum etiam *pro herede*, ac *pro possessore* constituunt. Quod enim ad possessionem, ea jus est momentaneum, neque ex nudo possessionis titulo dominium unquam enasci potest. Quod ad heredem, is in titulum ipsius defuncti succedit, neque nudo hereditatis titulo rerum hereditariarum dominium vindicare potest. Ipsum scilicet defunctum heres veluti præsentem exhibet: rerum igitur hereditariarum dominium ad heredem pertinet non novo hereditatis delatæ titulo; in eas dominium ei competit ob titulum potius, quo ad defunctum ipsum fortasse pertinuerunt *l. ult. C. pr. hered.*

IX. Quod ad dominii acquirendi modos, per eos, ut supra monuimus, ipsum dominium transferri solet. Ii autem jure vel Gentium, vel civili sunt instituti. De acquirendi modis institutis jure civili infra videbimus *tit. 6.* Hic tantum enarrabimus acquirendi modos, qui ex jure Gentium promanarunt. Acquirendi autem modi ex jure Gentium promanantes recte dividuntur a Grotio in *originarios*, & *derivativos de jur. bell. & pac.* 2. 3. 1. Originarii dicuntur, quibus rei nondum ab alio acquisitæ dominium primi nanciscimur. Derivativi appellantur, quibus dominium ab alio jam quæsitum voluntate domini transfertur in alterum. Rursus originarius acquirendi modus vel *simpliciter talis* est, eoque ipsius rei dominium primum acquirimus: vel originarius est *secundum quid*, eoque incrementum aliquod accedit rei jam nostræ Pufendorf. *de jur. Natur. & Gent.* 4. 6. Quapropter acquirendi modus originarius simpliciter talis est *occupatio*; originarius secundum quid est *accessio*; *traditio* modus est

acquirendi derivativus. Ut apte igitur destinata componam, primum de occupatione, deinde de accessione, postremo de traditione sermonem instituam.

X. Quod ad occupationem, ea hodie aut unicus, aut celeberrimus est originarius acquirendi modus. Per occupationem autem ea tantum acquiri possunt, quæ in *negativa*, quam vocant, communione manserunt. Occupationi igitur subsunt tantum αδεσποτα, seu res nullius. Per res nullius hic ea tantum intellige, quæ nondum ab alio sunt occupata, quæve semel occupata pro derelictis a domino fuerint habita. Quæcumque ita sunt comparata, seu mobiles, seu res soli fuerint, & libere occupari possunt, & statim post occupationem occupanti cedunt §. 12. *h. t.* Enimvero tantisper interest, num a privatis, an a populo aliquo *per universitatem* occupatio fiat. Si enim a privatis ipsis fiat occupatio, rerum occupatarum statim ipsi privati dominium nanciscuntur. Sin ea fiat *per universitatem* a populo, rerum occupatarum dominium ipsi Reipublicæ addici debet. Eo autem casu res occupatæ ab ipsa Republica legem accipient, & per fundos, si ita placuerit, mox dividentur. At vero a quocumque occupatio facta fuerit, ea sine occupandi animo, & ipsa corporali apprehensione constare nequit *d.*§.12. & *sequ. h. t.* Nimirum justus occupandi titulus est negativa communio in res nullius: eo acquirendi titulo omnes sibi dominium tueri possunt. Si igitur sola voluntate rerum occupatio fieri posset, post alterius occupationem statim adessent sexcenti alii, qui rem ab alio occupatam se præoccupasse contenderent. Juris autem Gentium simplicitati

con-

convenit, ut res quidem mobiles occupentur manibus, aut instrumentis; res vero soli pedibus contingantur. Sat absurde igitur Andrius ille contendebat, Acanthum urbem suis popularibus se occupasse, quod emissum a se jaculum ejus portæ esset infixum Plutarch. *quæst. Græc.* 30. Occupationis autem complures sunt in jure species. Celebrioris sunt usus venatio, occupatio bellica, inventio. De singulis pro instituto videbimus.

XI. Quod igitur ad venationem, ea in præsenti argumento cum aucupium, tum piscationem complectitur. Cum itaque quæ in naturali sua libertate animalia per Cælum, terram, aut mare vagantur, in negativa communione sint, ea statim capientium fiunt *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* & §. 1. *instit. h. t.* Non quælibet tamen animalia per venationem acquiri possunt. Nimirum bestiarum non unum est genus. Earum aliæ *feræ* dicuntur, quia scilicet in naturali sua libertate versantur, & nondum a quopiam sunt occupatæ: aliæ *cicuratæ* appellantur, quia contra ipsarum naturam subjectæ dominio veluti mansuefactæ videntur: aliæ *cicures*, quia scilicet sub domino natæ mansuetæ creduntur. Nam bestiarum feritas non ex naturali sua ferocia, sed ex libertate, vel dominio in jure æstimatur. Cujusmodi igitur quæque sint bestiæ, potius ex ea regula, quam ex prolixis Triboniani enumerationibus dijudicandum videtur. Cicuratæ bestiæ, quo usque sub alterius custodia continentur, res nullius videri nequeunt: eas igitur jus civile per venationem acquiri vetat *d. l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin. et d.* §. 1. *h. t.* Hinc & a piscibus in piscina, & a feris in vivario positis piscator,

aut venator abstinere debet. Eæ enim aut cicures, aut cicuratæ videri debent *l.* 3. §. 4. *ff. de acquir. possess.* Enimvero si feræ sint bestiæ, nil quicquam intererit, in proprio, an alieno prædio eæ sint captæ. Hinc, laqueo in alieno posito, si eo aper ita sit irretitus, ut expedire se nequeat, venator licet absens ejus dominus statim evadit: agri autem dominus, si aprum solverit, ad sarciendum damnum a venatore recte convenietur *l.*55.*ff. de acquir. rer. domin.* At vero ferarum occupatio non vulneratione quidem, sed ipsa tandem apprehensione peracta intelligetur. Eam sententiam & diserte confirmat Justinianus §.13.*h.t.* & ita contra Trebatium Cajus pluribus jurisconsultis placuisse scribit *in l.* 5. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Verum controversia isthæc aliter apud venatores hodie expediri solet.

XII. Jam vero in Regno Neapolitano, ac ceteris ferme regionibus, quæ regnantur, principia Romani juris in præsenti argumento non obtinent. Apud nos sane seu ob Friderici I. constitutionem *feudal. consuet.* 2. 56. seu ob vetustissimam fisci præscriptionem ad jura Majestatis piscatio, venatio pertinet. Proinde in Regno Neapolitano sine Regiis codicillis cuiquam venari non licet. Neque vero id injurium videri debet. Licet enim libera sit cuique venatio jure Naturæ; ea tamen libertas est ex jure Naturæ *permissivo*, quod vocant: juri autem Naturæ permissivo recte Principes addunt, aut derogant. Conf. Grot. *de jur. bell. et pac.* 2. 2. 5. Ratio scilicet Civitatis exposcit, ut Principum legibus libertas naturalis coerceri possit iis quoque vetandis, quæ jure naturali non prohibentur. Hinc non tantum vena-

tio-

tionem ipſam Princeps prohibere poteſt, ſed & ipſum feræ dominium, quod Naturali jure occupanti cedit, licet ei præcipere. Vide de tota re Puſendorf. *de jur. Natur. et Gent. libr.* 4. *c.* 6. §. 7. Id ipſum tamen ultra Principem extendi non debet. Nam baronibus quidem venationem prohibere non licet, niſi eam aut in feudum acceperint, aut legitima præſcriptione ſibi quæſierint de Franch. *deciſ.* 158.

XIII. Bellica occupatione quoque jure Gentium res hoſtium acquiruntur. Nam ſecundum Gentium inſtituta res hoſtium pro rebus nullius cenſentur. Id ipſum tamen non inde profluit, quod res hoſtium vere nullius videri debeant, ac poſt bellum indictum re vera hoſtes dominium rerum ſuarum amittant. Jus occupandi res hoſtium inde potius promanavit, quod poſt bellum, omni fœdere abrupto cum hoſtibus, mutuæ pateat occupationi locus. Nimirum, ut ſupra vidimus, aut juris civilis auctoritas, aut fœderis ſanctitas nobis dominium tueri poteſt. Proinde nulla cum injuria hoſtes res hoſtium occupare poterunt, quos neque jus Civitatis, neque fœdus ullum ab alieno manus abſtinere jubet. Dubium tamen videri queat, cuinam cedant res bello captæ, ipſiſne militibus, an Reipublicæ, cujus & ſtipendiis, & auſpiciis bellum geritur. Ea in re recte videtur diſtinxiſſe Grotius inter actus belli publicos, & privatos *de jur. bell. & pac.* 3. 6. 10. *& ſequ.* Publici belli actus erunt, ſi imperatoris juſſu ſuſcepti fuerint. Privati belli actus videri debent, ſi injuſſu ducis ab ipſis militibus ultro ſuſcipiantur. Grotio auctore quæ in actu belli publico capiuntur, ea non militibus quidem, ſed ipſi Reipublicæ ad-

dici debent. Ea Grotii sententia cum ipsis regulis Romani juris convenire videtur. Sane cum res soli in publico tantum belli actu occupari soleant, eæ, si captæ fuerint, publicari jubentur *in l. 20. ff. de captiv. & postlim.* Contra eodem auctore Grotio si in actu belli privato res hostium captæ fuerint, ex simplicitate juris Gentium rectius militibus addicentur. Non aliunde fortasse pronunciavit Celsus, si quid hostium apud nos deprehendatur, exorto bello, statim nostrum evadere *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Sed, occupatione relicta, de inventione pauca subnectamus.

XIV. Quod ad inventionem, per eam acquirimus, quæ aut sua natura nullius sunt, aut quæ dominus, abdicato sponte dominio, pro derelictis haberi voluit. Pro derelictis autem ea tantum existimari debent, in quibus ita affectus sit dominus, ut eadem in rebus suis porro censeri nolit §. 46. *h. t.* Si quæ igitur ignorantibus excidunt, inventoris non erunt; furti etiam se obligabunt, qui ea dominis ultro non restituerint §. *ult. inst. eod.* Hinc ne præmium quidem inventionis peti potest ab inventore, licet id a domino ultro oblatum accipi honeste possit *l.*43. §.*9. ff. de furt.* His ita præstitutis, si vel solo desiderio rem amissam persequimur, ea pro derelicta habenda non erit. Id ipsum autem obtinebit, licet ejus reciperatio sperari vix possit. Proinde & oves a lupo subreptæ nostræ pergunt esse *l.* 8. §. *ult. ff. famil. ercifcund.* & in mare jactæ merces naufragii vitandi causa pro derelictis censeri non debent *l.* 8. *ff. ad leg. Rhod.* Ea quoque de causa naufragii reliquiæ veteribus dominis sunt addicendæ *l.* 1. *C. de naufr.* Quod ad reliquias naufragii tamen

men, eas ex lege Rhodia apud Romanos olim haud absurde Salmasius ad fiscum pertinuisse scribit *de mod. usur.* 5. Eo saltem jure a publicanis Eudæmonis bona fortasse direpta fuerunt *in l.* ἀξίωσις. *ff. ad leg. Rhod.* Verum crudelissimum visum Antonino Principum humanissimo, ultra naufragium sævire quempiam; crudelius adhuc, eorum spoliis ditescere Principem, quibus pepercisset iratum mare. Proinde ipsemet Antoninus, ut ibidem videtur evicisse Salmasius, luctuosas naufragorum reliquias fisco adjudicari vetuit *d. l.* 1. *C. de naufrag.* Enimvero sequiori ævo in Occidente rursus invaluit, ut naves, & bona naufragorum ad litus ejecta certo saltem post tempore fisco addicerentur. Vide Ducang. *in voce lagan.* & Robertf. *in Carolo V. introd. not.* 29. Eam consuetudinem in Regno quoque Neapolitano obtinuisse, si dominus intra triduum non superveniret, testatur Andreas de Isernia ad *constit. rapinas. de surripient. aliqu. de naufr.* Enimvero Fridericus II. fiscum ex naufragorum bonis lucrum captare vetuit: extremam quoque fati necessitatem indixit adversus eos, qui reliquias naufragorum invaderent: heredes vero damnatorum naufragis ipsis ob res in naufragio raptas in quadruplum teneri jussit *d. constit. rapinas. de surrip. aliqu. de naufr.* In Regno igitur ex constitutione Gvilelmi I. bona naufragorum fisco tandem addici debent, si naufragi ipsi, eorumve heredes ea non vindicent *constit. dohanæ. de offic. secret.* Quod autem ad alias res inventas, eas idem Gvilelmus ab inventoribus bajulis locorum oblatas ad Regiam Curiam deferri jussit: easdem, nisi intra annum vindicasset dominus, fisco generatim

ad-

addici voluit *conſtit. pecuniam. de pecun. invent. in reb. alien.*

XV. Theſaurus etiam jure Gentium per inventionem inventori cedit. Theſaurus autem in jure definitur *latens pecunia, cujus dominus ignoratur l.*31. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Theſaurus igitur in præſenti argumento cenſeri non debet pecunia, quam quis cuſtodiæ cauſa ſub terra condiderit. Si quis vero id genus pecuniam abſtulerit, furti obligatur *d. l.* 31. *ff. eod.* Furti igitur ſe obligavit apud Plautum Strobilus, qui ſubripuit auri ollam ab Euclione defoſſam *in aulular.* Theſauro ita definito, ſub vetuſtioribus quidem Principibus is totus ſine diſcrimine pertinebat ad fiſcum, ut oſtendit Jacobus Gothofredus ad *l.* 1. *C. Theodoſ. de theſaur.* Verum Hadrianus theſaurorum inventores fortunæ munere non prorſus defraudari voluit. Ab eo enim cautum edicto fuit, ut ſi quis in ſuo, ſacro, aut religioſo loco theſaurum fortuito inveniſſet, eum totum ſibi haberet; ſi in alieno, eum cum ſoli domino partiretur; ſi denique in loco publico, ejus dimidium inventori, dimidium fiſco juſſit addici. Quod ſi malis artibus ex credulitate veterum theſaurus inventus eſſet, eum totum a fiſco vindicari voluit §.39. *h.t.* Quid ſi theſaurus a mercenario in alieno fuerit inventus? Rem definiendam aggreditur Bynkershoekius *obſervat.* 2. 4. Eum adire non pœnitebit.

XVI. Porro per Friderici I. conſtitutionem in præſenti argumento ab Hadriani edicto receſſum in Occidente non fuit 2. *feudal. conſuet.* 56. Et ibi enim ex prædicta locorum diverſitate de theſauri acquiſitione decernitur. Verum Gvilelmus I. in

in Regno Neapolitano ab jure Romano recedi jussit *constit. pecuniam. de pecun. invent. in reb. alien.* Ibi enim edixit, jus acquirendi per inventionem res, quarum dominus ignoratur, inter jura Majestatis referri oportere. Exinde apud nos sine loci discrimine thesauri fisco cœperunt addici. Carolus quidem II. edictum Hadriani in Regno restituit *capit. quia non decet. de thesaur.* lex isthæc tamen apud nos non diu stetit. Saltem ex vetustissima præscriptione hodie fiscus generatim thesauros sibi vindicat. Occasionem fortasse præscriptioni dedit aut prædicta Gvilelmi constitutio, aut, quod verisimilius ego crediderim, Constantini rescriptum *in l. 1. C. Theod. de thesaur.* Nimirum ibi ab Imperatore cautum, ut thesauri quidem dimidium inventori cederet, si is rem fisco nunciaret. Cum igitur inventores, ut fiscum prorsus excluderent, inventionem ei non nunciarent, ob fraudem suam toto thesauro privari cœperunt. His fortasse initiis pœna ad innoxios etiam paulatim extensa. Sed, his omissis, ad modos acquirendi *originarios secundum quid* transeamus.

XVII. Quod ad modos acquirendi originarios secundum quid, ejusmodi quidem sola accessio censeri debet. Per accessionem vero rei jam nostræ incrementum acquirimus. Rei autem jam nostræ incrementum oritur vel ex naturæ beneficio tantum, vel arte, & industria nostra, vel adjumento naturæ simul, & artis. Hinc accessionis divisio in *naturalem*, *industrialem*, & *mixtam*. De singulis accurate videndum.

XVIII. Quod ad primum igitur, ad naturalem accessionem retulerunt jurisconsulti *fœturam*, *in-*

su-

ſulam in flumine natam, & ipſorum fluminum *alluvionem*. Quod ad fœturam, cum Stoicis docuerunt juriſconſulti, fœtum in utero partem viſcerum maternorum eſſe *l.* 1. §. 1. *ff. de ventr. inſpic.* Ita jure naturalis acceſſionis ipſi domino matris addixere partum *l.6. ff. de acquir. rer. domin.* Quod ad inſulam in flumine natam, eam juriſconſulti eorum eſſe cenſuerunt, quorum eſſent & prædia flumini contermina. Enimvero ſi in flumine natæ inſulæ ad alterutram ripam accederent, eas illis adjudicarunt, ad quorum prædia divergerent §. 22. *h. t.* Id ita placuit, quia ex principiis Romani juris alvei proprietas pertineret ad eos, qui fluminis ripas prædio ſuo contingerent §. 4. *h. t.* & *l.* 5. *ff. de rer. diviſ.* Verum in Regno Neapolitano, ut ferme in Europa alibi, juriſprudentia iſthæc vix admitti poteſt. Apud nos ſane in fluminibus enatæ inſulæ videntur addicendæ fiſco ob ea, quæ admonui *in jur. Regn. libr.* 2. *tit.* 3. Denique quod ad alluvionem, eo vocabulo juriſconſulti deſignant acceſſionem illam, quæ beneficio fluminis prædio noſtro paulatim accedit. Quod ita autem prædiis noſtris accreſcit, naturali æquitate noſtrum fieri placuit §. 20. *h. t.* Si enim id incrementum reſtituendum eſſet, neutiquam dignoſci poſſet, quatenus ex aliorum prædiis, & quibus vicinis abraſum id fuerit. Secus id tamen in avulſione eſt. Per avulſionem ſcilicet fluminis impetu pars alieni agri noſtro palam adjicitur. Pars igitur ita avulſa a veteri domino vindicari poterit, modo cum alieno prædio nondum coaluerit *l.* 5. §. 3. *ff. de rei vindic.* Pars avulſa cum alieno prædio coa-

coaluisse dicitur, si eo translatæ arbores in alienum radices egerint §. 21. *h. t.*

XIX. Porro non omnibus promiscue agris apud Romanos olim jus erat alluvionis. Pro agrorum enim diversitate alias ipsis possessoribus, alias ipsi Reipublicæ cedebat alluvionis emolumentum. Agri scilicet aut proprii possessorum erant, aut capti ex hostibus colonis, & veteranis concedi solebant. Quod ad proprios possessorum agros, in eis nullo discrimine jus alluvionis erat. Verum quod ad agros ex hoste captos, pro eorum diversitate alluvionis commodum alias ipsi Reipublicæ, alias ipsis possessoribus addicebatur. Nimirum captos ex hoste agros in tres species partitur Julius Frontinus *in libr. de qualit. agror. & controvers. limit.* Scilicet alii quidem agri ipsis colonis, aut veteranis certa sub mensura viritim dividebantur, duobus exempli gratia jugeribus cuique datis. Alii ipsi Coloniæ una mensura plerumque cum tributi onere concedebantur, qui mox per coloniam ipsam colonis assignarentur. Id factum exempli gratia videbatur, si, Capuam deducta Colonia, ei bina millia jugerum concessa forent. Utraque agrorum hæc species jure alluvionis carebat. Cum enim ejusmodi agri certa sub mensura a Republica concederentur, si quid beneficio fluminum eis accresceret, augmentum ipsi Reipublicæ addici oportebat. Utrosque agros jurisconsulti *limitatos* appellant. Hinc intelliges, cur agris limitatis jus alluvionis deneget Florentinus *in l. 16. ff. de acquir. rer. domin.* Alii agri denique nullà sub certa mensura veteranis concedi solebant. Eos ab arcendis hostibus a finibus *arcifinios* appellatos ibidem Frontinus ex Varrone tradit. Eosdem nullo

certo

certo modo definitos Frontinus docet, sed fossis, montibus, fluminibus, aquarumque divergiis circumscriptos. In eis jus alluvionis obtinere placuit. Conf. Connan. *comment. jur. civil. libr.* 3. *c.* 5. *n.* 4. *& sequ.* Nunc de accessione industriali pauca delibemus.

XX. Quod igitur ad accessionem industrialem, ad eam referri possunt *adjunctio*, *specificatio*, *commixtio*. Quod ad adjunctionem, ea fieri dicitur, ubi materiæ nostræ adjungitur res aliena. In eo acquirendi modo ratio ipsa suasit, ut accessorium principali cederet. Ab ea regula picturam tantum excepit Justinianus. Nam ob artis dignitatem tabulam jussit picturæ cedere §. 34. *h. t.* Quid autem accessorium, quid principale foret, non ex pretio, sed ex magnitudine æstimarunt jurisconsulti *l.* 23. §. 3. *ff. de rei vindic.* Quicquid igitur per inclusionem, afferruminationem, intexturam, scripturam meo adjungitur, mihi per adjunctionem cedit *l.* 19. §. 13. *ff. de aur. & argent. legat. &* §.26.*h.t.* Cum vero rerum adjunctarum dominium alterius per accessionem fieret, actiones excogitari placuit, quibus indemnitati cujusque consuleretur. Ea autem in re longe interest, utrum bona, an mala fide facta fuerit adjunctio. Nam adversus eum, qui bona fide se dominum putans rei suæ alienam adjunxerit, actio ad exhibendum, aut condictio sine causa competit §. 26. *h. t. & l.* 23. §. 5. *ff. de rei vindic.* Adversus eum, qui mala fide adjunctionem fecerit, institui potest actio furti, & furtiva condictio *d.* §.26. *h.t.* Quid si quis bona fide materia sua ædificet in alieno solum suum existimans? Ea in specie si qui ædificasset, in possessione foret, ei doli exceptionem ad-

adversus areæ dominum concessere veteres. Ea igitur exceptione opposita, ædificium possessor retinere perget, donec materiæ suæ pretium ei solvatur *l.* 7. §. *ex diverso. ff. de acquir. rer. domin.* Contra si qui bona fide in alieno ædificet, non possideat, is ex regulis Romani juris contra areæ dominum possidentem frustra agit. Apud Romanos enim recepta regula juris erat, sumptus in alieno factos solo retentionis jure servari posse *l.* 14. *ff. de dol. mal. except.* Enimvero ab ea juris asperitate passim hodie recedi solet. Ei enim, qui bona fide ædificarit in alieno, licet in possessione non sit, actio negotiorum gestorum utilis ad indemnitatem suam consequendam passim accommodatur. Vide Stryk. *in jur. modern. pandect. libr.* 6. *tit.* 1. §. 17.

XXII. Altera species accessionis industrialis specificatio est. Specificatio fieri dicitur, cum ex aliena materia novam speciem nostro nomine facimus §. 25. *h. t.* Ita id continget quidem, si confletur in calicem alienum aurum, aut ex aliena lana vestimenta fiant. Inter veteres autem jurisconsultos non conveniebat olim, cui tandem adjicenda foret nova species ex aliena materia facta: alii specificantem ipsum, alii materiæ dominum prætulerunt. Sabiniani materiam forma præstantiorem existimantes materiæ domino relinquebant novæ speciei dominium. Contra Proculejani formam materia nobiliorem censentes novam speciem specificanti adjudicarunt *l.* 7. §. 7. *ff. de acquir. rer. domin.* Medium in ea controversia temperamentum erciscundis placuit. Ii enim ita distinxerunt, ut, si species ad rudem materiam reverti posset, in ea præferretur materiæ dominus;

si id

si id fieri non posset, ipsi specificanti nova species addiceretur *d. l.* 7. §. 7. *ff. eod.* Ea ercifcundorum sententia æquior Justiniano visa: eam igitur in ipsis rerum articulis obtinere jussit §. 25. *h. t.* Enimvero cuiquam bona fides, aut factum alienum nocere non debet. Proinde siquidem nova species ad rudem materiam reverti nequeat, specificator actione in factum conveniri poterit a materiæ domino, ut ejus æstimationem præstet. Sin species ad rudem materiam redigi possit, specificator in eam rem factas impensas exceptione doli consequitur *l.* 23. §. 4. *ff. de rei vindic.*

XXIII. Postrema accessionis industrialis species commixtio dicitur. Si res aridæ commisceantur, proprie *commixtio* dici solet: si de liquidis agatur, *confusio* dicitur. Eam tamen in vocabulis differentiam non perpetuo observavere veteres. Jam vero cum mutuo dominorum consensu rerum dominium inter plures communicari queat, rerum quarumcumque commixtione dominorum voluntate facta, eæ inter ipsos statim communes erunt §. 27. *h. t.* Idem obtinere scribit Tribonianus, si commixtio fortuita fuerit. Si tamen de commixtione fortuita accuratius disquiratur, discrimen admitti debet inter liquida, & arida. Liquida plerumque separari nequeunt. Liquidorum igitur commixtione facta, eorum dominium necessario commune fiet, nisi aut facile separari possint, aut nova species post confusionem emerserit *l.* 5. §. 1. *de rei vindic.* Ita necessitas ipsa suasit, ut in ea specie actio communi dividundo institueretur. Eo autem in judicio cujusque materiæ ratio haberi debet: plus igitur illi addicendum erit, cujus res pluris fuerit *l.* 4. *ff. de rei vindic.* Contra

tra in aridis post commixtionem adhuc discretum manet, quod cujusque fuerat. Ita quidem discretum post commixtionem manet frumentum meum cum alieno permixtum. Cum tamen & in aridorum commixtione separari vix queat, quod cujusque fuerit, effectus ejus actionis diversus haud erit, quam si res liquidæ confusæ forent. Proinde judex ita se geret, quasi res commixtæ communes essent. Ei igitur plus adjudicabit, cujus materia pretiosior fuerit *d. l.* 4. *ff. de rei vindicat.* Nunc, quod superest, de accessione mixta pauca subnectamus.

XXIV. Ad mixtam accessionem referri solet *plantatio*, *satio*, *fructuum perceptio*. Quod ad plantationem, aut sationem, plantarum, ac segetum dominium ex radicibus æstimarunt Romanae leges. Id ita placuit, quia, ubi radices ex alieno solo alimenta traherent, segetes, ac plantæ aliæ jam viderentur *l.* 26. §. 2. *ff. de acquir. rer. domin.* & §.31. *h. t.* Quod tamen de eo supra monuimus, qui bona fide ædificarit in alieno, id & ad eum extendi debet, qui bona fide in alieno conseverit, plantaritve. Nam is quoque, modo in possessione sit, opposita exceptione doli adversus supervenientem dominum, impensas in alieno factas obtinere poterit §. 32. *h. t.* Quod autem ad plantarum dominium, a Romana jurisprudentia tantisper recesserunt Neapolitanæ consuetudines. Eæ enim dominium arborum ex ramis etiam quodammodo æstimant. Nam ramorum in alienum superexcurrentium fructus inter dominum arboris, & vicinum statuunt communes esse *consuet. unic. de gland. leg.* In consuetudine vero Neapolitana Græci, & Romani sermonis exemplo glandis ap-

pellatio fructus arborum quarumcumque complectitur. Veteres enim arborem omnem quercum appellitabant. Conf. *Schol. Ariſtoph. in equit.* & *l.* 236. *ff. de verb. ſignif.*

XXV. Ad mixtam etiam acceſſionem pertinet perceptio fructuum, qui bona fide percipiuntur ex alieno. Qui enim poſſidet rem alienam bona fide, juſtoque titulo, ſuos ſtatim facit fructus inde perceptos *l.* 48. *ff. de acquir. rer. domin.* Negat tamen Ulricus Huberus, fructuum perceptionem inter acceſſionis ſpecies referri oportere; eam potius edicit eſſe ſingularem quemdam modum acquirendi dominii, & ab acceſſione diverſum *in prælect. h. t. n.* 46. Poſſeſſorem bonæ fidei fundi dominio carere ſcribit: per fructuum igitur perceptionem veluti per acceſſionem eorum dominum fieri non poſſe. Id tamen Huberi argumentum facile refelli poteſt. Ex regulis ſcilicet Romani juris, quod ad fructus attinet, poſſeſſor bonæ fidei eſt loco domini *d. l.*48. *ff. de acquir. rer. domin.* Is igitur exemplo domini veluti per acceſſionem fructus ſuos perceptione facit. Neque vero cum Hubero regeras, aliter pronunciaſſe Juſtinianum ipſum §. 35. *h. t.* Ibi ſane non ex jure acceſſionis, ſed *pro cultura*, & *cura* bonæ fidei poſſeſſori fructus addici jubentur. Verum cultura, & cura in prædicto inſtitutionum loco ipſum jus colendi, curandi, non vero factum ipſum culturæ, & curæ ſignificat. Cultura autem, & cura ſpectata ab Juſtiniano fuit tamquam ſimplex acquirendi titulus, & cauſa veluti remota dominii; ipſa vero perceptio tamquam modus, ſeu cauſa, quam vocant *proximam*, acquirendi dominii. Conf. Noodt. *probab. jur.* 2. 7.

XXVI. Ne credas tamen, fructus generatim omnes

omnes sine discrimine possessori cedere. Nam pro fructuum, ac possessoris diversitate de fructibus ex alieno perceptis diversum jus esse placuit. Summa fructuum divisio est in *naturales*, & *civiles*. Fructus naturales Naturæ, & artis beneficio provenire solent. Fructus civiles ex instituto Civitatis percipiuntur: ejusmodi sunt pensiones annuæ, usuræ, & sexcenta id genus alia. Cuicuimodi fructus sint, ii in *extantes*, & *consumptos* dividi possunt. Fructus consumpti dicuntur, si vel a possessore alienati, vel ab eo in quotidianum familiæ usum conversi fuerint. Si ita consumpti non sint, dicentur extantes. Ipsi autem extantes fructus vel *pendentes* sunt, vel *percepti*. Pendentes erunt, si adhuc solo hæreant; percepti dicentur, si a solo separati jam fuerint. Fructibus ita distinctis, cum malæ fidei possessores omni in re jure careant, ii supervenienti domino fructus omnes restituere debent: non tantum extantes igitur, sed consumptos quoque §.35.*h.t.* Quin fructus etiam ob suam incuriam non perceptos restituere debent, modo potuerint honeste percipi. Neque enim negligentia possessoris impedire debet, quominus dominus consequatur, quod ipse ex re sua potuisset honeste percipere *l.33. ff. de rei vindic.* Quod ad bonæ fidei possessorem, in eo distingui placuit inter fructus extantes, & consumptos. Fructus quidem extantes omnes supervenienti domino bonæ fidei possessor restituere debet. Nam licet bonæ fidei possessor fructus suos percipiendo faciat, eorum tamen dominium revocabile tantum acquirit. Ea de causa Paulus bonæ fidei possessorem fructus ex alieno perceptos *interim* suos facere scribit. Eorum enim dominium retinet, donec

 fundi

fundi dominus superveniat *l.* 48. *princ. ff. de acquir. rer. domin.* Contra fructuum consumptorum causa possessor bonæ fidei conveniri nequit, licet inde factus sit locupletior. Eam in rem argumentis haud opus. Nam bonæ fidei possessorem fructus omnes consumptos lucrari idem Paulus edicit *in l.* 2. §. 4. *fin. reg.* Secus tantum id est, si de fructibus agatur ex aliena hereditate perceptis *l.* 1. *C. de petit. hered.* Id ita de hereditate placuit, quia hereditas est universitas juris: quicquid igitur ex ea percipitur, ad ipsam hereditatem pertinet. Vide Hilliger. ad Donell. *libr.* 19. *c.* 13. *lit. C. & sequ.*

XXVII. Ex regulis autem Romani juris non solum post litem contestatam, sed & statim post controversiam motam alienæ rei possessores incipiunt malæ fidei possessores esse *l.* 25. §. 7. *ff. de heredit. petit.* Id ita cautum censet Bynkershoekius, quia, ubi olim controversia movebatur, actor instrumenta reo cogebatur edere *l.* 1. *princ. ff. de edend.* Per ipsam igitur instrumentorum editionem in mala fide reus necessario constituebatur, si res petitoris esset. Inde autem idem Bynkershoekius infert, perperam hodie post litem contestatam, & ipsam etiam litem motam possessores adigi restituere fructus. Nam moribus hodiernis diu post litem contestatam edi solent instrumenta reo *observat.* 8. 12.

XXVIII. Hactenus de originariis acquirendi modis; porro de derivativis agendum: iis Gentium quoque jure dominium in aliis constitutum in alios transferri solet. Ex jure autem Gentium traditio est unicus derivativus acquirendi modus. Ita edicit Tribonianus §. 40. *instit. h. t.* Verum

accuratiores interpretes traditionis necessitatem in transferendo dominio potius ex jure civili repetendam existimant. Sane simplicitas juris Gentium videtur exigere, ut sola domini voluntate per externa signa ostendi solita dominium transferatur. Si verum id fuerit, traditio inter acquirendi modos jure Gentium introductos eo tantum intuitu referri potest, quia apud omnes plerasque Gentes in transferendo dominio ea fuerit adhibita. Conf. Grot. *de jur. bell. & pac.* 2. 6. 1. & Pufendorf. *de jur. Natur. & Gent.* 4. 9. 5.

XXIX. Jam vero traditio definiri queat, *modus acquirendi derivativus, quo res corporalis in alium justo titulo transfertur ab eo, cui jus, & animus alienandi fuerit.* Inde autem primo liquet, res tantum corporales veram traditionem recipere. Nam res quidem incorporales vera traditione transferri nequeunt: in eis locum traditionis habet ex parte tradentis patientia, ex parte accipientis usus, & exercitium *l.* 1. §. *ult. ff. de servit. præd. rustic.* Indidem deinde intelligitur, dominium transferri traditione non posse, nisi & ex justa causa, veluti venditione, permutatione quis tradat, & tradenti jus sit alienandi. Si igitur traditio ab eo fiat, qui careat alienandi jure, dominium transferri non potest *l.* 109. *ff. de verb. signif.* Ex eadem definitione postremo constat, per traditionem dominium transferri non posse, nisi animo transferendi dominii ea fiat. Proinde traditiones depositi, pignoris, aut commodati causa fieri solitæ dominium transferre nequeunt; in eis enim animus alienandi deest. Sed & in traditione venditionis causa facta illud singulare est, quod res emptori tradita ab eo non acquiratur, nisi aut

pretium solutum sit venditori, aut de pretio sit fide habita, aut alio modo venditori sit satisfactum §. 41. *h. t.* & *l.* 19. *ff. de contrah. empt.* Id ita fortasse placuit, quia mercis dominium venditor non præsumitur transferre velle, nisi ei pretium persolvatur.

XXX. Porro traditio non unius est generis. Passim ea dividitur in *propriam*, *fictam*, *symbolicam*. Propria traditio definiri queat *naturalis rei de manu in manum translatio*, *quatenus ipsius natura patitur*. Quapropter siquidem res facile moveri possit, translatione de manu in manum ea traditio peragetur; sin res facile moveri nequeat, ea fiet exhibitione præsenti *l.* 1. §. 21. *ff. de acquir. possess.* Quod si rei immobilis fieri traditionem oporteat, ea expeditur per inductionem in prædium, pedibus in quamlibet ejus partem illatis *l.*3. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Ficta traditio dicitur, qua fictione juris res in alium transfertur, licet nulla de manu in manum translatio intercedat. Ea autem traditionis species potissimum locum habet, si in eum transferendum sit rei dominium, qui eam jam detinet. Ita quidem si res locata post locationem conductori vendatur, statim post emptionem ejus dominium in conductorem ficta traditione transfertur. Id vero si factum fuerit, res fictione juris in priorem dominum reversa fingitur, ac rursus venditionis caussa emptori tradi §. 43. *h. t.* Ficta isthæc traditio *brevi manu* fieri ab Ulpiano dicitur *in l.* 43. §. 1. *ff. de jur. dot.* Eadem tamen & *longa manu* fieri potest. Longa autem manu in jure res tradi dicitur, si e longinquo tradatur *l.*79. *ff. de solution.* Ita, fundo vendito, si eum emptori venditor e lon-

longinqua turri demonstret, ac vacuam possessionem dicat se ei tradere, traditio facta videbitur perinde, ac si in fundum pedes intulisset emptor *l.* 18. §. 2. *ff. de acquir. possess.* Denique symbolica traditio appellatur, si per symbola, seu signa expediatur, quæ ex communi consuetudine traditionem designant. Ita vina tradita videntur, ubi claves cellæ vinariæ emptori sint traditæ *l.* 1. §. 2. *ff. de acquir. possess.* Tradita quoque videri trabes Paulus edicit, quas ex consensu venditoris signarit emptor *l.* 14. *ff. de peric. & comm. rei vendit.*

XXXI. Jam vero quoquo modo traditio facta fuerit, ea statim dominium in accipientem transfert. Inter interpretes tamen disceptatum video, num ad dominium transferendum traditio quæcumque sufficiat, an in ea vacua quoque rei possessio requiratur. Tota disceptatio eo redit, utrum, si exempli gratia fundum meum tibi vendidero ab alio bona fide possessum, eumque in possessoris absentia tibi tradidero, per eam traditionem tibi fundus acquisitus intelligatur. Nam ea quidem in specie vacua fundi possessio tibi non traditur, cum ea sit penes possessorem absentem. Interpretes quidem haud pauci per traditionem res non aliter nostras fieri posse pronunciant, quam earum vacua quoque possessione tradita. Eam vero sententiam præter alios operose tuetur Vinnius ad §. 40. *h. t.* licet aliud ei placuerit *partit.* 1. 20. Secus post Glossam Donello visum *comment.* 4. 10. ejus vero sententia probabilior videri debet. Nimirum non aliam ob causam traditio per leges præscripta fuit, quam ut in transferendo dominio certius esset voluntatis indicium. Re igitur in controver-

sa specie a domino tradita, de ejus voluntate jam liquet, nec bonæ fidei possessor absens dominii translationem impedire potest. Neque regeras, civilem rei traditæ possessionem penes absentem esse. Hic enim non de possessione quidem, sed de dominio quæritur, quod & in jure consistit, & ab alterius possessione impediri non debet. Nam possessio facti est, & cum dominio commune nil habet, *l.* 12. §. 1. *ff. de acquir. possess.* In eam rem decretorius omnino videtur Triphonini locus *in l.* 16. *ff. de fund. dotal.* Sic enim ibi jurisconsultus. *Si fundum, quem Titius possidebat bona fide, longi temporis possessione poterat sibi quærere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit.* In ea lege non vacua quidem fundi possessio viro tradita a muliere dicitur: atqui per eam traditionem viro acquisitum dominium secundum jurisconsultum fuit. Scribit scilicet Triphoninus, eum fundum maritum potuisse petere: eo in loco, ut passim in jure alibi, petendi vocabulum rei vindicationem designat: rei autem vindicatio necessario requirit in actore dominium. Stet illud igitur, ad dominium transferendum traditionem quamcumque sufficere, nec vacuam rei possessionem requiri.



TI-

TITULUS II.

De rebus corporalibus, & incorporalibus.

Rerum divisio in *corporales*, & *incorporales* non summa quidem videri debet. Ea enim potius subdivisio quædam est rerum, quæ ad singulos in Civitate pertinent. Eam vero rerum subdivisionem hic præmisit Tribonianus, ut mox opportunius orationem transferret ad servitutes, & id genus alia, quæ *res incorporales* dicuntur. Perperam autem docuere post Giphanium quidam, hanc rerum divisionem in corporales, & incorporales ex Physicis desumpsisse jurisconsultos. Veri magis speciem habet, eam jurisconsultos a Stoicis mutuatos esse. Stoici enim diu ante jurisconsultos in corporales, & incorporales res omnes diviserant. Ea de re testimonium denunciare licet ipsi Senecæ Philosophiæ Stoicæ peritissimo. Ita enim is infit *epist.*58. *quæ sunt, corporalia, aut incorporalia sunt; nihil tertium.* In ea vero rerum divisione non verbis tantum, sed sententia quoque jurisconsulti convenere cum Stoicis. Corporalia scilicet dixere Stoici, quæ cerni, aut tangi possent; incorporalia vero, quæ mente tantum intelligerentur Cicer. *topic.*5. Stoicorum igitur exemplo jurisconsulti quoque, quæ tangi, aut cerni possent, res corporales dixerunt; quæ mente tantum intelligerentur, res incorporales appellitarunt. Vide Caium *instit.*2. 1. 2. Res autem incorporales *in jure consistere* docuere veteres, quia eæ ab ipso jure naturam, & definitionem suam

ſuam viderentur accipere. Jus civile ſcilicet naturam rerum incorporalium pro arbitrio definit, ac format; eadem vero poteſtate in res corporales non utitur. Ita ſane quid ſit uſusfructus, ipſum jus civile definit: verum quid ſit domus, non ex jure civili, ſed ex Naturæ regulis definiendum erit.

II. Ex dictis hactenus facile definire fuerit, quæ res apud juriſconſultos intelligantur corporales eſſe, quæ contra incorporales. Nimirum res corporales ſunt, quæ tangi poſſunt. Ejuſmodi igitur cenſeri debent prædium, homo, aurum, argentum ſeu rude, ſeu ſignatum quoque §. *un. h. t.* Juriſconſulti quidem haud ſemel pecuniam inter res incorporales referunt; inde tamen nullam antinomiam expaveas. Pecunia ſcilicet ſpectari poteſt, vel tamquam quæ cerni quidem, & tangi poteſt; vel tamquam quantitas, quæ definitam æſtimationem in Civitate habet. Priori reſpectu ea res eſt corporalis; poſteriori res incorporalis videri debet. Eadem diverſa ratio generatim ſpectari poteſt in rebus omnibus, quæ numero, pondere, menſura conſtant, ac *fungibiles* appellantur. Eæ enim licet res ſint corporales, ſpectatæ tamen ut quantitas in jure rebus corporalibus opponi ſolent *l.* 30. *ff. de legat.* 1.

III. Porro res corporales mobiles tantum ſunt, aut immobiles: in rebus igitur mobilibus, & immobilibus res incorporales non continentur. Proinde ſi cui res omnes mobiles, & immobiles legatæ fuerint, actiones, & jura legatum non continebit: hæc enim rebus incorporalibus accenſeri debent. Falſus eſt autem Hotomannus hic, ubi pronunciat, nullam hodie rationem hujus diſcri-

ſcri-

fcriminis haberi oportere. Nam jus civile a rebus mobilibus, & immobilibus res incorporales aperte diftinguit *l.* 7. §. 4. *ff. de pecul.* Recte igitur, & ex regulis Romani juris edixit Sandius, ne reditus quidem annuos fub legato mobilium, & immobilium contineri 4. 4. *defin. 6.* Reditus enim annui jura funt potius, atque inter res incorporales referri debent. Ne quid diffimulem tamen, fi mobilia, & immobilia generatim contrahentes hypothecæ fubjecerint, jura etiam & actiones hypothecæ fubjecta intelliguntur. Ea enim in fpecie præfumi debet, mobilium, & immobilium vocabulo res generatim omnes a contrahentibus defignatas effe. Conf. Huber. *in prælect. h.t. n.* 3.

IV. Facile etiam definire fuerit, quæ res incorporales videri debeant. Nam in eum quidem numerum referenda funt generatim omnia, quæ mente tantum intelliguntur, & in jure confiftunt. Ejufmodi igitur cenferi debent ufusfructus, ufus, hereditas, &, ne fingula memorem, obligationes omnes quoquo modo contractæ. Quod tamen hereditatem, & obligationes rebus incorporalibus accenfuimus, id quidem intellige, fi jus ipfum hereditatis, aut obligationis fpectetur. Res enim hereditariæ, & ex obligationibus deberi folitæ plerumque funt corporales. Id monuit ipfe Tribonianus §. *un. h. t.* Non defunt tamen, qui contendunt, intelligi non poffe differentiam inter res hereditarias, & ipfam hereditatem. Quapropter id quidem difcrimen inter argutas jurifconfultorum ineptias referendum exiftimant. Ab eorum fententia parum videtur abeffe Vinnius. Is enim *ad d.* §. *un. h.t.* hereditatem definit *ipfum defuncti patrimonium cum oneribus*. Nam fi ea de-

definitio admittatur, ſaltem ſi res tantum corporales in hereditate reperiantur, ea res potius corporalis cenſenda erit. Planius igitur exponamus, oportet, quo tandem reſpectu res hereditariæ ab hereditate differant. Ea autem differentia facile intelligetur, ſi hereditatem non in rebus ipſis hereditariis, ſed in jure conſtituatur, quod in heredem a defuncto tranſit. Eo jure in heredem tranſmiſſo, is & ipſum veluti defunctum præſentem exhibet, ejuſque patrimonium univerſum recte perſequitur. Hinc ſcribentes de hereditate juriſconſulti eam nullo quoque cum corpore effectum juris habere docent *l.* 50. *ff. de heredit. petit.* Convenit igitur cum regulis Romani juris hereditatis definitio a Theophilo tradita *in paraphr. h. t.* §. 1. *δικαιον τι νῳ καταλαμβανομενον, ὁ ποιει με της ἑτερυ περιυσιας αθροον γενεσθαι δεσποτην. Jus aliquod, quod mente concipitur, quod facit, ut alieni patrimonii univerſalis ſim dominus.*

TITULUS III.

De ſervitutibus ruſticorum, & urbanorum prædiorum.

Rerum diviſionem in corporales, & incorporales ſuperius Tribonianus expoſuit, ut rerum incorporalium tractationem ſuſciperet. Eo apprime pertinent ſervitutes. Servitus autem in præſenti loco diverſa ab ea eſt, quæ ſervis accommodari ſolet. Nimirum cum de ſervorum ſervitute quæritur, de vinculo agitur, quo homo homini

mini servit. Verum in præsenti argumento de servitute quæritur, qua non homo homini, sed prædium aut non domino, aut alterius prædio servire cogitur. Prædium igitur servire dicitur, si quid juris non domino, aut alterius prædio præstare debeat. Ea autem obligatio in jure servitus appellatur. Proinde servitutes sunt appellatæ ratione prædii servientis: nam ratione prædii dominantis jura potius dici debent.

II. Notione servitutum ita constituta, eæ non unius sunt generis. Nam aliæ sunt rerum, personarum aliæ: illas *prædiales*, has *personales* dixere veteres. Priores illas doctores passim *reales* appellant. In prædialibus prædium alterius prædio, in personalibus prædium servit non domino. Et de prædialibus quidem servitutibus hic cum Imperatore videbimus; de personalibus infra sermonem instituemus. Prædiales autem servitutes in *Urbanas*, & *rusticas* distinxere veteres. Rustica, an Urbana esset servitus, ex prædio dominante definierunt. Rusticæ igitur servitutes erunt, si debeantur prædio rustico; Urbanæ, si debeantur Urbano. Cujusmodi tamen prædium esset, non ex loco quidem, sed ex ejus usu æstimarunt jurisconsulti. Hinc olitorii in Urbe horti prædium rusticum haberi debent *l.198. ff. de verb. signif.* His præstitutis, prædialis servitus haud absurde definiri queat *jus in aliena re constitutum, quo ob alterius commodum prædii servientis dominus aliquid in suo aut pati, aut non facere cogitur l. 15. §. 1. ff. de servit.* Enimvero ut in toto jure civili definitiones periculosæ plerumque sunt; ita & definitio isthæc omnes servitutum prædialium proprietates haud exhibet. Prædialium igitur servitu-

tum

tum communes proprietates juvabit acervatim hic ſiſtere, ne in ipſis diſtinguendis uſquam erretur.

III. Primum omnium ſervitus prædialis inde nomen accepit, quia ſine duobus prædiis conſiſtere nequit. Ea igitur duo prædia deſiderat, quorum alterum dominans, alterum vero ſit ſerviens *l.* 1. *ff. commun. prædior.* Duo autem prædia aut eſſe vicina debent, aut ita tandem abeſſe, ut opportunitas utendi ſervitute non adimatur *l.* 31. *ff. de ſervit. ruſtic. prædior.* Proinde ſervitutem ædibus fruſtra imponi cenſuere veteres, ſi alter alteri ædificando non poſſet officere *l.* 38. *ff. de ſervit. prædior. urban.* Ipſa ſcilicet prædialium ſervitutum natura videbatur expoſcere, ut prædiorum utilitate eæ definirentur: ſi quid prædiis utilitatem haud afferret: id fruſtra videbatur actum *l.* 15. *princ. ff. de ſervit.* Hinc intelliges, cur edicat juriſconſultus, ſervitutem prædialem imponi non poſſe, ut poma decerpere, ſpatiari, cœnare in alieno liceat *l.* 8. *ff. eod.* Ejuſmodi enim obligationes & prædiorum utilitatem non complectuntur: & eorum cauſam meliorem haud faciunt. Si quid autem tale promiſſum fuerit, non ſervitus prædialis quidem, ſed aut ſimplex obligatio, aut ad ſummum ſervitus perſonalis conſtituta videbitur Conf. Joann. Schilter. *exercit. ad pandect.* 18. 2.

IV. Alterum, quod in ſervitute prædiali requiritur, eſt cauſa perpetua *l.* 28. *ff. de ſervit.* Cauſam in ſervitutibus veteres illud dixere, cujus habendi, vel arcendi cauſa ipſa ſervitus conſtituta foret. Ita ſane in ſtillicidio, & aquæductu cauſa ſervitutis eſt aqua, illic ut a noſtris ædibus avertatur, hic ut eam apud nos habeamus. Cauſa iſthæc in prædiali ſervitute perpetua eſſe debet. In hoc

hoc argumento perpetuum jurisconsulti dicunt, quod oritur aut ex naturali causa, aut ex facto nostro pro lubitu *l.* 28. *ff. de servit. prædior. urban.* Proinde servitus quidem aquæductus recte constituetur, si aqua deducatur ex jugi fonte; eadem tamen frustra constituta videbitur, si promissus aquæductus fuerit ex stagno pluvialibus aquis collecto *d. l.* 28. *ff. eod.* Ex stagno igitur aquæductu promisso, nuda potius obligatio promissa censebitur. Prædialis quoque servitus recte promittitur, ut ex taberna casearia in superiora ædificia fumus immitti possit. Ea enim in specie causa servitutis perpetua in voluntate est ejus, qui casearjam tabernam exercet. Is enim ad adjuvandum casei saporem in alterius ædificium pro lubitu poterit fumum immittere *l.* 8. §. 5. *ff. si servit. vindic.*

V. Rursus cum servitutes res incorporales sint, & in jure consistant, individuæ existimari debent. Ea vero proprietas servitutum omnium communis est, neque in prædialibus tantum, sed in personalibus etiam admitti debet *l.* 72. *princ. ff. de verb. obligat.* Ususfructus tantum dividuitatem recipit. Id ita in usufructu placuit, quia in fruendo consistit, & frui pro parte possumus *l.* 5. *ff. de usufruct.* Cum igitur servitutes sint individuæ, inde facile intelligetur, cur eæ pro parte quidem acquiri nequeant *l.* 6. §. 1. *ff. commun. prædior.* Indidem facile ratio reddi queat, cur unus ex dominis in re communi servitutem prohibeatur imponere *l.* 2. *ff. de servit.* Ea igitur in specie servitus rata non erit, nisi domini omnes consensum ei præstiterint: quousque factum id fuerit, servitus in suspenso erit *l.* 11. *ff. de servit. prædior. rustic.* VI.

VI. Denique ſervitutum prædialium communis quoque proprietas eſt, ut aut *in patiendo*, aut *in non faciendo* conſiſtant *l.15. ff. de ſervit.* Quapropter ſi quis ab altero ſtipuletur, ut in ſuo quid pingat, aliove quo modo ſibi proſpectum amœniorem faciat, non ſervitus prædialis quidem, ſed perſonalis tantum obligatio conſtituta cenſebitur. In ſervitute enim prædiali faciendi obligatio alteri imponi non poteſt. Perperam vero quidam ex ea juris regula oneris ferendi ſervitutem excipiunt ob *l. 33. ff. eod.* Scribit ibi quidem juriſconſultus, ſervitute oneris ferendi conſtituta, ipſum prædii ſervientis dominum reficere oportere columnam ſuſtinentem alienum onus; id ipſum tamen non ob ſingularem ejus ſervitutis naturam fieri oportebat, ſed ob pactum potius ea de re interponi ſolitum. Nam in ea ſervitute conſtituenda veteres convenire ſolebant, ut ipſe prædii ſervientis dominus columnam perpetuo reficeret. Hinc Ulpianus actionem adverſus vicinum competere ſcribit, ut ædificium reficiatur *ad eum modum, qui ſervitute impoſita comprehenſus eſſet l.6.§.2. ff. ſi ſervit. vindic.* Adeo autem exploratum apud veteres erat, non poſſe ſervitutes in faciendo conſiſtere, ut magni nominis juriſconſulti infirmum exiſtimarent pactum, quo quis ultro promiſiſſet, ſe parietem, aut columnam refecturum eſſe. Vix tandem obtinuit ex ſententia Servii, ut ejuſmodi pactum in ſervitute oneris ferendi poſſet apponi *d. l. 6. §. 2. ff. eod.*

VII. Jam vero triplici ferme modo ſervitutes conſtitui poſſunt; primo ſcilicet voluntate ejus, ad quem pertinet ſervientis prædii dominium; deinde juſſu judicis in communi dividundo, & fami-

miliæ ercifcundæ judicio; ipsa denique lege, quæ servitutum præscriptionem admisit. Nam ex regulis Romani juris longa possessione, decem annorum scilicet inter præsentes, viginti inter absentes, servitutes præscribi jubentur *l.*10. *princ. ff. si servit. vindic.* Veteri quidem Romanorum jure servitutes usucapi non poterant. Nimirum servitutes exemplo aliarum rerum incorporalium possessioni non suberant; sine possessione vero usucapio non procedebat. Cum tamen ipse præscribentis usus possessionis locum habere videretur *l.* 1. §. 2. *ff. de servit. prædior. rustic.* ad servitutes etiam usucapio paulatim fuit extensa. Ea tamen de causa inquilinorum, colonorumve seu dolus, seu incuria dominis damnosa erat. Proinde lege Scribonia lata sub Augusto fortasse cautum, ne servitutes jus esset usucapi; tantum concessum, ut ipsarum servitutum libertas usucapi posset *l.*4. §. 9. *ff. de usurpat. & usucap.* Sed eam legem vicerunt fortasse mores: ei saltem obrogavit edicto Prætor. Utilem enim actionem ei dedit, qui longa quasi possessione, decennii scilicet inter præsentes, vicennii inter absentes, usus servitute foret *d. l.*10. *princ. ff. si servit. vindic.* Licet autem, ut infra liquebit, usucapio, & præscriptio æquata ab Justiniano fuerit *l. unic. C. de usucap. transform.* si tamen hodie de servitutibus sit controversia, iis præscriptionis quidem, non usucapionis vocabulum accommodari debet. In usucapione scilicet, ut in tempore admonebimus, necessario requiritur bona fides; secus in servitutum præscriptione est. Nam in earum præscriptione aliud non desiderat Ulpianus, quam ut neque vi, neque clam, neque precario servitute usus quis fuerit per tempus in ju-

re constitutum *d. l.* 10. *ff. si servit. vindic.* Sed videamus, quibus etiam modis servitutes recte constitutæ amitti queant.

VIII. Modi, quibus servitutes amittuntur, revocari possunt ad *confusionem*, *remissionem*, *rei interitum*, *finitum jus concedentis*, *negligentiam* ejus denique, in cujus favorem eæ sint constitutæ. Quod ad confusionem, ea facta censetur, ubi prædii servientis simul, & dominantis dominium acquisitum ab eodem fuerit. Cum igitur servitus sit jus in aliena re constitutum, ubi idem utriusque prædii dominus esse cœperit, per ejusmodi confusionem servitus statim intercidit. Absurdum est enim in jure civili, ut res sua cuiquam serviat *l.* 1. *ff. quemadmod. servit. amitt.* Quod ad remissionem, ea fieri dicitur, si dominus prædii dominantis jus suum in alienum prædium ultro remittat. Cum igitur rerum suarum quisque sit arbiter, si dominus prædii dominantis jus prædio suo debitum vicino remiserit, servitus statim perimitur *l.* 14. §. 1. *ff. de servit.* Quod ad rei interitum, is quidem continget, si aut dominans, aut serviens prædium fortasse pereat. Cum igitur servitutes accessiones sint prædiorum, eæque bina prædia omnino flagitent, per interitum alterutrius prædii servitus necessario extinguitur *l.* 14. *princ. ff. quemadmod. servit. amitt.* Quod ad finitum jus concedentis, id quidem fit, si qui servitutem concessit, jus tantum temporarium habuerit in prædium serviens. Nemo scilicet plus juris, quam ipse habeat, in alterum transferre potest. Proinde ubi in prædium serviens jus constituentis finitum fuerit, ipsa quoque servitus statim intercidit *l.* 11. §. 1. *ff. eod.* Per negligentiam denique servitus

vitus amitti dicitur, si quis intra tempus in jure constitutum ea usus non fuerit. Ita igitur servitus amittetur, si quis ea usus non sit decennio inter præsentes, vicennio inter absentes *l. ult. C. de servit.* Enimvero si servitus ita sit constituta, ut alternis tantum annis, aut mensibus exerceri possit, ea duplicato tandem inusus tempore amittetur *l. 7. ff. quemadmod. servit. amittat.*

IX. At vero rusticæ servitutes omnes non utendo per tempus in jure definitum amittuntur sine discrimine. Contra ut amitti non utendo possint servitutes quædam Urbanæ, ad non usum libertatis etiam præscriptio debet accedere. Libertas in servitutibus præscripta intelligitur, si quid factum fuerit servituti contrarium. Ita sane in servitute tigni immittendi libertas ab immittendo tigno præscripta videbitur, si prædii servientis dominus tigni foramen obturarit, idque intra tempus in jure constitutum occlusum habuerit *l. 6. ff. de servit. urban. prædior.* Totius discriminis in ea re ratio inde fortasse manat, quod servitutes rusticæ in ipso exercitio calcis exempli gratia coquendæ, arenæ fodiendæ consistunt. Quapropter, eo exercitio intermisso, prædii dominantis dominus manifesto negligens excidit jure quæsito: nil quicquam autem eum juvare potest, qui, cum posset, servitute usus haud fuerit. Contra servitutes quædam Urbanæ in nuda servientis prædii patientia consistunt. Ea vero patientia perpetuo adesse præsumitur, donec prædii servientis dominus contra servitutis formam aliquid non innovarit. Vide Struvium *exercit.* 13. 58. & Everard. Otton. *de usucap. servit.* §. 8.

X. Porro in servitutibus exponendis Tribonianus

a rusticis exorditur *princ. h. t.* Inter rusticarum autem servitutum species ibidem Tribonianus refert iter, actum, viam, aquæductum. Rusticæ servitutes tamen plures in pandectis extant. Eo enim referri debet pecoris ad aquam appulsus, jus in alieno pascendi, calcis coquendæ, arenæ in alieno prædio fodiendæ. Prætereo eo in genere alias, seu quæ passim in pandectis occurrunt, seu quæ pro diversa rerum rusticarum natura facile excogitari possint. Ceteris igitur omissis, pauca tantum hic admonebo de itinere, actu, via. Est autem iter *jus eundi, ambulandi hominis. Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Via est jus eundi, agendi, ambulandi princ. h. t.* Prædictæ servitutes diversa sua latitudine potissimum apud veteres differebant. Nimirum viæ latitudo, nisi aliud contrahentibus placuisset, in porrectum octo pedes patere debebat, in amfractu sedecim *l.8.ff. de servit. rustic. præd.* Anfractum in via dixere veteres locum, in quo flectendum esset. Latitudo actus in jure non definitur: proinde aut a contrahentibus demonstranda erat, aut ab arbitro statuenda *l.13. §. 2. ff. eod.* Auctor tamen est Varro, actus latitudinem minimam quatuor patuisse pedes *de lingu. Latin.4.* In ea re autem veteres quoque Grammatici cum Varrone conveniunt. De itineris latitudine non liquet: ea tamen duos fortasse pedes patebat. Ut enim actus viæ dimidium erat, ita fortasse iter dimidium actus complectebatur.

XI. His ita præstitutis, mendosus videri debet prædictus Triboniani locus *princ. h. t.* Ibi scilicet contra veterum auctoritatem actus describitur via latior. Nam actu constituto, agi, & vehi posse dicitur; viæ vero tantum inesse jus eundi, agendi,

di, ambulandi. Eam difficultatem apprime vidit Connanus. Ad eam autem resolvendam in viæ definitione in prædicto institutionum loco pro eundi *vehundi* legit *comment. jur. civil.* 4. 11. 1. Verum si *vehundi* cum Connano legas, ne ita quidem difficultas resoluta videbitur. Ita enim idem juris in actu, & in via erit. Nam si via jus agendi, vehundi complectitur, id ipsum continetur in actu. Nam qui actum habet, is & agere, & vehiculum agere potest *d. princ. h.t.* Hæc, puto, Connanum perpulerunt, ut nodum secaret potius, quam solveret. Nam non solum contra Triboniani mentem, sed & contra veterum auctoritatem edicit, inter actum, & viam nullum discrimen esse. Felicius igitur eum nodum expedivit clarissimus Bynkershoekius *observat.* 4. 7. Is scilicet non diffitetur, cum actum, cum viam habentem vehiculo uti potuisse; ex vehiculorum tamen diversitate actus, & viæ differentiam explicandam monet. Nimirum duplex apud veteres genus vehiculorum adhibebatur, minus unum manibus protrudi solitum, & minorem latitudinem exigens; majus alterum, quod bobus, aut junctis equis vehi oportebat. Ita sane constabunt omnia. Nam actum habens poterit armentum agere, poterit & vehiculo manuali uti. Contra viam habens equos, aut boves poterit curru jungere, & quocumque vehiculi genere rem suam agere.

XII. Urbanorum etiam prædiorum servitutes complures memorat Tribonianus §. 1. *h.t.* Plures quoque in pandectis passim occurrunt. Præter eas tamen plures adhuc excogitari possent pro habitatione aut amœniori, aut commodiori reddenda. Ipsarum quædam aut in nostro, aut in alieno quo-

que jus liberius ædificandi præſtant. Eo ſane ſpectant ſervitutes *oneris ferendi*, *tigni immittendi*, *projiciendi*, *protegendi*, *altius tollendi*. Oneris ferendi ſervitute conſtituta, dominus prædii ſervientis onus noſtrarum ædium ferre cogitur ſuo ſeu muro, ſeu columna. Ab ea non longe diſtat ſervitus tigni immittendi. Nam, ſi ea conſtituta fuerit, vicinus pati debet, ut tignum, aut alia domus noſtræ pars requieſcat in ſuo. Longius ab utraque abit projiciendi, & protegendi ſervitus. Nam per ſervitutem quidem projiciendi tignum noſtrum in alienum aerem promittere poſſumus, licet id nuſquam requieſcat in alieno. Ita projiciendi ſervitus promiſſa videbitur, ſi placuerit; ut domus meæ ſuggrunda ſupra alienum aerem ædificari poſſit. Contra protegendi ſervitute quæſita, protectum ædium noſtrarum in alienum ſolum licebit extendere. Ea ſervitus conſtitui plerumque ſolet parietis noſtri adverſus imbres protegendi cauſa. Altius tollendi denique ſervitute conſtituta, altius, quam leges ſinunt, noſtras ædes extollere poſſumus. Ea igitur ſervitus conſtitui poterit, ſi lex aliqua in Civitate in vicinorum gratiam ultra certam altitudinem ædificia extolli vetet. Ejuſmodi vero legem ſaltem poſt incenſam Urbem tuliſſe Neronem conſtat ex Tacito *annal.* 15. 43. Rurſus ſervitutes quædam eo pertinent, ut a noſtris ædibus arceatur aquæ pluvialis incommodum. Id ſane reſpiciunt ſervitutes *ſtillicidii*, vel *fluminis recipiendi*, vel *non recipiendi*. Stillicidium in jure dicitur, ſi ex tecto aqua guttatim caſitet. Flumen dici ſolet, ſi in canalibus collecta aqua ruat uno agmine ritu fluminis. Stillicidii igitur, vel fluminis recipiendi ſervitute quæſita, noſtrarum ædium

ædium flumen, vel stillicidium vicinus in suum recipere cogitur. Non recipiendi servitute constituta, suum flumen, aut stillicidium in ædes nostras vicinus prohibetur immittere. Ea servitus ut intelligatur, oportet, ut ex regulis Romani juris regiones Urbis quasdam incolentes flumen, ac stillicidium vicinarum ædium in suum recipere cogerentur. Vide doctores ad §. 1. *h t.* Quædam denique servitutes ad lumen ædium pertinent, earumve prospectum amœniorem faciunt. Eo referri debet servitus *luminum*, & *ne luminibus officiatur*, *prospectus*, & *ne prospectui officiatur*; ea denique, quæ *altius non tollendi* dicitur. De iis late doctores ad *d.* §. 1. *h. t.* In re vix ullius pretii eorum scrinia expilare non lubet.

TITULUS IV.

De usufructu.

EXpositis servitutibus prædialibus, de personalibus porro videbimus. Eæ personales dicuntur, quia certæ personæ cohærent, & in alios transferri non possunt. Projnde *jura hominum* eas appellat jurisconsultus *in l.* 15. *ff. de servit.* Licet autem natura sua prædialis sit servitus, ea personalis evadet, si certæ tantum personæ præstari eam oporteat *l.* 4. *ff. de servit. prædior. rustic.* Hinc si in via constituenda placuerit, ut ea tantum utatur præsens possessor, per ejusmodi pactum personalis tantum servitus constituta videbitur. Via igitur successor uti non poterit *d. l.* 4. *ff. de ser-*

ſervit. prædior. ruſtic. Servitutes autem perſonales exemplo contractuum in *nominatas*, & *innominatas* haud abſurde diviſeris. Nam quæ nomen, & cauſam habent, nominatæ vocari queant: quæ cauſam tantum habent, innominatæ ſunt appellandæ. Servitutes quidem innominatæ in jure complures occurrunt; plures adhuc excogitari poſſent. Eas tamen in inſtitutionibus omittit Tribonianus, quia & ſolo contrahentium reguntur arbitrio, & a pactis in ipſarum conſtitutione conventis unice legem accipiunt. Servitutes tantum nominatas exponit, quia eæ non a contrahentium voluntate, ſed ab ipſo jure definitionem, ac regulas ſuas agnoſcunt. Servitutum nominatarum ſpecies celebriores ſunt *uſusfructus*, *uſus*, *habitatio*. Hoc igitur titulo de uſufructu, inſequenti de uſu, & habitatione videbimus.

II. Primum omnium uſusfructus definitur a Paulo *jus alienis rebus utendi fruendi*, *ſalva earum ſubſtantia l. 1. ff. de uſufruct.* Uſusfructus igitur nec nudus uſus, nec fructus videri debet, ſed jus potius utroque temperatum. In uſu ſcilicet tacite continetur, ut utentis neceſſitate circumſcribatur, & res uſuaria utendo non pereat. Id ſecus in fructu eſt. Fructus enim & rei abuſum importat, neque in fruendo fines habet, aut modum. Uſumfructum igitur dicere juriſconſulti, quia admixtus in eo uſus eam ſervitutem coercere debet intra fines ſalvæ ſubſtantiæ. Proinde uſusfructus latior quidem eſt uſu, dominio tamen anguſtior. Qui enim dominium habet, rem ipſam poteſt abſumere; uſufructuario tantumdem haud licet. Inde fit, ut potiori jure uſumfructum exerceat in rem ſuam dominus, quam uſufructuarius in alienam. Illud tantum

tum inter utrumque interest, quod usufructus in rem propriam ex jure proprietatis promanat; usufructus in rem alienam oritur ex servitute. His ita constitutis, nil quicquam absurdi complectitur usufructus vulgata distinctio in *formalem*, & *causalem*. Causalem enim dominus in res suas exercet; formalem exercet fructuarius in res alienas. Causalem usumfructum Paulus respexit, ubi partem dominii eum dixit *in l. 4. ff. de usufruct.*

III. Usufructus igitur rebus alienis utendi fruendi facultatem in fructuarium transfert *l. 1. ff. de usufruct. & princ. instit. h.t.* Quapropter ad fructuarium pertinebit rei fructuariæ emolumentum omne, seu id per naturam, seu ex instituto Civitatis inde proveniat *l. 7. ff. eod.* Hinc æquitas ipsa suasit, ut tributorum, & publicarum collationum onera ab ipso fructuario solverentur; pro modicis etiam refectionibus idem usufructuarius sumptus sustineret *l. 7. §. 2. ff. h. t.* Neque vero quicquam intererit, seu per nosmet, seu per alios utamur, fruamur. Juris quidem subtilitate inspecta, in colonum usufructus a fructuario transferri non poterat. Verum in ea re Prætor, neglecto rigore juris, colonum tuebatur exceptione, si ei a fructuario usufructus locatus esset. Eamdem exceptionem emptori usufructus indulgeri placuit *l. 11. §. 2. ff. de pignor. & hypoth.* Id inde factum, quia licet usufructus servitus personalis esset, eaque de causa cum ipsius fructuarii persona cohæreret, ipsa tamen perceptio fructuum, tamquam res facti, ab ejus persona videbatur avelli posse. Quod ad fructus igitur ex re fructuaria percipi solitos, inter fructuarium, & dominum ipsum vix ullum discrimen est. Quin, si agatur de usufructu

le-

legato, aliquando plus juris in usufructus, quam in dominii legato est. Ecce enim si cui legatus est fundus, ejus instrumentum legato non cedet. Contra si cui legatus sit fundi ususfructus, instrumenti etiam ususfructus ad legatarium pertinebit *l.*15.§.6. *ff. h.t.* Id ita fortasse receptum, quia duriusculum videbatur, usufructuarium ad comparandum instrumentum adigere, quod, finito mox usufructu, ei, aut heredi inutile futurum esset.

IV. At vero licet in fructibus acquirendis parum a dominio ususfructus absit, id ipsum tamen ultra fructus seu naturales, seu civiles extendi non debet. Ad fructuarium igitur non pertinebunt, quæ inter fructus non computantur. Quapropter in fructuario fundo reperto thesauro, is non fructuario quidem, sed proprietario addici debet. Thesaurus enim in ordinario fundi proventu non computatur *l.* 7. §. 2. *ff. solut. matrimon.* Partus etiam ancillarum non ad fructuarium, sed ad proprietarium pertinebit. Id ex Bruti sententia Ulpianus placuisse scribit, quia in fructu hominis homo esse non posset *l.* 68. *princip. de usufruct.* Ejus tamen juris ratio ab Ulpiano allata frigidior quibusdam videtur. Nimirum Ulpiani ratio eo spectat, quod præstantia hominis pati non debuit, ut homo in hominis fructu foret. Atqui præstantia hominis non obstat, quominus in servo ususfructus constituatur. Pro Ulpiani ratione tuenda plura protulerunt interpretes. Probabilius videri queat, eam Ulpiani sententiam ex recta *fructus* intelligentia explicari oportere. Fructus, ut supra monuimus, ipsam absumendi facultatem importat. Eam vocabuli proprietatem Ulpianus fortasse spectans edixit, ancillæ partum ad fructuarium non

per-

pertinere, quia, ut ceteri fructus, is absumi non posset. Nam Ulpiani ævo promiscua servorum cædes per leges interdicta jam fuerat. Vide Bynkershoek. *observat.* 5. 7.

V. Jam vero usufructus constitui potest non in prædiis tantum, sed in armentis etiam, gregibus, ac ceteris ferme omnibus, unde fructus aut naturales, aut civiles redire solent §. 2. *h. t.* Usumfructum recipere non posse placuit ea tantum, quæ in quantitate consistunt, & usu consumuntur. Ejusmodi sunt pecunia, frumentum, & res generatim omnes, quæ *fungibiles* appellantur *d.* §. 2. *h. t. &* *l.* 11. *ff. de usufruct. ear. rer. quæ us. consum.* Nimirum ita in usufructu jus est, ut rei quidem fructuariæ fructus fructuario cedant, finito tamen usufructu, rem ipsam in specie restitui oporteat. Absurdum igitur fuisset, ad ea usumfructum extendere, quæ usui esse non possent, nisi consumerentur. Neque enim nummi, & ceteræ quantitates usui esse possunt, nisi & consumantur. Usufructu tamen per leges ita coercito, ultimum testatorum arbitrium frequenter impediebatur. Proinde sub Tiberio fortasse a Senatu cautum, ut rerum etiam fungibilium non verus quidem, sed quasi usufructus legari posset. Earum igitur rerum usufructu legato, Senatui placuit, ut ipsarum proprietas in legatarium transferretur; idem tamen per fidejussores caveret, se mortuo, aut capite deminuto, res ejusdem qualitatis, aut earum æstimationem heredi restitutum iri *l.* 1. §. 7. *ff. de usufruct. ear. rer. quæ us. consum.* Inter verum autem, & quasi usumfructum plurimum interest. Ut enim omittam alia, in vero usufructu dominium non transfertur in fructuarium. Verum in

quasi

quasi usufructu rei fructuariæ dominium fructuario tradi debet. Quantitates enim usum præstare nequeunt, nisi consumantur; vix vero quicquam sine dominio consumi potest. Vide Noodt *de usufruct.* 1. 20.

VI. Quo autem modo fructuarius in vero usufructu versari debeat, pluribus enarrat Julianus *in l.* 13. §. 4. *ff. de usufruct.* Eorum summa eo redit, ne deterior proprietatis causa fiat, neque in alium usum licet utiliorem res fructuaria convertatur. Eam ob rem Prætor a fructuario per fidejussores promitti jussit, *se usurum, fruiturum boni viri arbitratu, &, cum ususfructus ad se pertinere desierit, quod inde extabit, se restituturum ei, ad quem pertinebit.* Si eam ob rem satisdare nollet fructuarius, ei ususfructus causa actiones a Prætore denegabantur *l.* 1. *ff. usufr. quemad. cav.* Ea vero cautio non tantum ante rei fructuariæ traditionem, sed post eam quoque a proprietario peti potest. Quapropter si, re fructuaria tradita, fructuarius eam cautionem præstare nolit, rem fructuariam proprietarius vindicare poterit *l.* 7. *ff. usufructuar. quemadm. cav.* Ne autem fructuarius occasionem arripiat in re fructuaria grassandi pro lubitu, cautio isthæc ne jussu testatoris quidem remitti potest *l.*7. *C. ut in possession. legator.* Patris tantum reverentiæ datum, ut, si ei in bona filiorum ususfructus competat, eam cautionem præstare non teneatur *l.* 7. §. 4. *C. de bon. quæ liber.* Nunc videamus, quibus modis ususfructus acquiri, aut amitti possit.

VII. Quod ad modos, quibus ususfructus acquiritur, ii quidem facile definiri possunt. Ususfructus scilicet personalis est servitus. Aliarum igitur

tur servitutum exemplo non solum contractibus, aut ultimo voluntatis arbitrio, sed præscriptione quoque potest acquiri §. 1. *h. t.* & *l. penult. C. de usufruct.* Quin jure novo ipsius etiam legis jussu usufructus acquiri solet. Ita quidem in bonis filiifamilias adventitiis usufructus ad patrem pertinet jussu legis *l. 6. C. de bon. quæ liber.*

VIII. Quod ad usufructus finiendi modos, ii aut ex persona fructuarii, aut ab ipsa re fructuaria derivari possunt. Quod ad priores igitur, cum usufructus ipsius fructuarii personæ cohæreat, primo per fructuarii mortem extinguitur §. 3. *h. t.* Cum vero per maximam, ac mediam capitis deminutionem civiliter moriantur homines, per maximam etiam, mediamve capitis deminutionem usufructus perimitur *d.* §. 3. *h. t.* Olim quidem per minimam quoque capitis deminutionem usufructus intercidebat. Per minimam enim capitis deminutionem immutari persona credebatur. Eam igitur capitis minutionem passus, veluti nova persona factus, usumfructum retinere non poterat. Verum ab ea juris subtilitate recedi jussit Justinianus: nam minimam capitis minutionem fructuario obstare vetuit, ne usumfructum retinere pergeret *l. penult. C. eod.* Ceterum si usumfructum ad heredem quoque pertinere placuerit, is non extinguitur per fructuarii mortem. Ea enim in specie duplex usufructus constitutus videbitur. Primo igitur fructuario mortuo, ad heredem etiam pertinebit. Verum, herede simpliciter memorato, tantum primus heres ad usumfructum vocatus intelligetur *l. 14. C. eod.* Illud singulare est in usufructu relicto filiofamilias, quod post mortem filii transmittatur ad patrem: ejusmodi

enim

enim usufructus & vivo filio ad patrem pertinet *l. ult. C. h. t.* Quod si Civitatibus, quae in perpetuum vivere solent, relictus sit usufructus, ne inutilis sit nuda proprietas, eae centum annorum spatio usumfructum percipient *l. 56. ff. eod.* Id autem ita placuit, quia centum annorum vitam longissimam credidere veteres.

IX. At vero licet maxima anni parte steterit usufructus, ac segete jam matura decesserit fructuarius, ejus heres in fructus nondum perceptos nil juris habet *l. 13. ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* Id ad servandam aequalitatem necessario admittendum fuit. Nam & maturi fructus adhuc solo haerentes a testatore relicti fructuario addici debent, si eos, die legati cedente, pendentes invenerit *l. 27. princip. ff. de usufruct.* Dubium tamen videri queat, an, locata saltem re fructuaria, pro rata temporis dividi mercedem oporteat inter usufructuarii heredem, & proprietarium, si qua tantum anni parte steterit usufructus. Ea in re diversum jus esse placuit, prout de fundis, aut de rebus agitur, quarum usufructus in usu ipsarum quotidiano consistit. Si de rebus sit controversia, quarum fructus in quotidiano ipsarum usu consistit, pro rata temporis, quo usufructus steterit, heredibus fructuarii mercedes addici debent; quod superest, proprietario adjudicandum erit *l. 26. ff. eod.* Eam distinctionem aequitas ipsa suasit. Aequissimum enim videbatur, ut fructuarii heres consequeretur, quod ipse fructuarius consequutus esset, si ex re fructuaria fructus per se percepisset. Contra si de praediis agatur, unde fructus naturales percipiunrur, fructuario decedente nondum perceptis a colono fructibus, nulla merce-

dis

dis pars ab herede fructuarii peti potest *argum. d. l.* 13. *ff. quib. mod. ususfruct. amittit.* Enimvero si ante fructuarii obitum a colono fructus percepti fuerint, heredi fructuarii merces totius anni debetur, licet mortuus sit fructuarius, antequam secundum legem locationis ea pendenda foret *l.* 58. *princip. ff. de usufruct.* Ceterum ususfructus legati dies ab adita tandem hereditate cedit *l. unic.* §. 2. *ff, quand. dies ususfruct. ced.* Secus jus cavet de proprietate legata. Ejus enim legati dies cedit a tempore mortis *l. unic.* §. *6. C. de caduc. tollend.* Cum igitur ususfructus dies ab adita tandem hereditate cedat, inde quidem intelliges, cur, si post plures a morte testatoris annos adeatur hereditas, fructus intermedii temporis fructuarius frustra postulet *d. l. unic. ff. quand. dies ususfruct. legat. ced.* Enimvero si per heredem steterit, quominus adeatur hereditas, intermedii quoque temporis fructus a fructuario recte petentur *l.* 37. *ff. de usufruct.*

X. Rursus extinguebatur etiam ususfructus olim, per ejus cessionem ab usufructuario in jure factam Paul. 3. *sentent. 6.* 28. Jure autem Antejustinianeo ut ususfructus a fructuario transferri posset, solemnis ejus in jure cessio per fructuarium facienda erat. Neque tamen cessio isthæc in transferendo usufructu cuicumque proderat. Per eam enim tantum proprietario ususfructus utiliter cedi poterat; extraneo frustra cedebatur Paul. *sentent. loc. cit.* Si cessus fuisset extraneo, & extraneo cessio non proderat, & usumfructum amittebat cedens. Nimirum ex regulis Romani juris ususfructus servitus personalis erat, & ipsi fructuario cohærebat. Ita in aperta voluntate cedendi,

cum

cum in extraneum tranſire non poſſet, in ipſum proprietarium transferebatur. Atque ita quidem ad Juſtinianum uſque jus fuit. Is primum ſeu per traditionem, ſeu per ceſſionem uſusfructus ceſſus eſſet extraneo, uſumfructum ad proprietarium redire vetuit: eum poſt traditionem, aut ceſſionem ab ipſo fructuario retineri juſſit. Id autem ita fuit ab Juſtiniano cautum, ne aut contra voluntatem cedentis in proprietarium uſusfructus rediret, aut contra juris regulas in extraneum transferretur. His præſtitutis, facile intelligetur a paucis intellectus Triboniani locus §. 3. *inſt. h. t.* Sic enim ibi. *Item finitur uſusfructus, ſi domino proprietatis cedatur; nam cedendo extraneo nihil agitur.* Conf. Noodt. *de uſufruct. libr.*2. *c.*9. Nunc, quod ſupereſt, videamus, quibus modis ipſius rei fructuariæ reſpectu uſusfructus interire ſoleat.

XI. Ipſius rei fructuariæ intuitu tribus ferme modis uſusfructus extinguitur, ejus conſolidatione ſcilicet, interitu, mutatione. Quod ad conſolidationem, ea fieri dicitur, ſi rei fructuariæ ipſa quoque proprietas ab uſufructuario ſit acquiſita *l.* 3. §. 2. *ff. de uſufruct. accreſcend.* Nimirum nulli in rem propriam ſervitus competere poteſt. Proinde ſi rei conſolidatio in fructuario facta fuerit, uſusfructus ſtatim intercidit §. 3. *h. t.* & *l.*5. *ff. ſi uſusfruct. petat.* Quod ad rei fructuariæ interitum, is quoque uſumfructum neceſſario perimit. Cum enim uſusfructus rei fructuariæ inhæreat, & locum acceſſionis habeat, re fructuaria pereunte, uſusfructus etiam interire debet *d.* §. 3. *h. t.* Denique quod ad rei fructuariæ mutationem, ea quoque ubi contigerit, plerumque uſusfructus extinguitur *d.* §. 3. *h. t.* Nimirum uſufructu cuiquam lega-

legato, certæ rei commodum ei videtur legasse testator. Proinde si res ita mutetur, ut vetus inde commodum redire nequeat, usufructus porro stare non poterit *l.* 5. §. 2. *ff. quib. mod. usufruct. amitt.* At vero non quævis rei mutatio usumfructum extinguit: ea ejusmodi esse debet, ut post mutationem res fructuaria vetus nomen habere desinat. Conf. Vinn. ad *d.* §. 3. *h. t. n.* 5. Inde autem facile intelliges, cur, ædium usufructu legato, eis exustis, ipsius areæ usufructus non debeatur *d. l.* 5. §. 2. *ff. eod.* Indidem quoque liquet, cur, gregis usufructu legato, usufructus statim intercidat, si numerus ovium adeo sit imminutus, ut gregem constituere nequeat *l.* 31. *ff. eod.* Id ipsum tamen secus obtinuit in proprietate legata. Nam si legata domus combusta fuerit, ejus area a legatario vindicari poterit: grege quoque legato, si numerus ovium ita decreverit, ut grex esse desinat, quotcumque oves supersint, a legatario recte vindicantur *l.*22. *ff. de legat.* 1. Totius differentiæ ratio inde pendet, quod, ut supra monuimus, usufructus certæ rei relinquitur: re autem mutata fructus inde percipi nequit, quem solum testator legasse præsumitur. Contra proprietas & tota relinquitur, & ejus partes singulæ. In ea igitur nil quicquam est, quod legato contineri non debeat.

XII. Nondum hinc abire me sinunt interpretes. Passim enim ab eis doceri video, usumfructum extingui quoque *non utendo per modum*. Ea in re auctoritatem Triboniani producunt *in* §.3. *h.t.* Ibi enim eum finiendi usufructus modum recenseri ajunt. Multorum autem sententia fuit, ita usumfructum perimi, si eo non utatur fructuarius ad

modum, qui in ejus conſtitutione fuerit adjectus. Verum ceteris quidem ſervitutibus modus aliquis imponi poteſt: id palam edicit Papinianus *in l. 4. §. 1. ff. de ſervitut.* Non video tamen, quis tandem modus adjici in uſufructu conſtituendo poſſit: unus adjici modus in uſufructu poteſt, de utendo fruendo ſcilicet arbitrio boni viri: hunc modum tamen uſusfructus natura omnino flagitat, neque neceſſe eſt, ut de eo expreſſe conveniant contrahentes. Aliud igitur in prædicto loco Triboniani latet. Id vero facile intelligetur, ſi advertatur, non ſimpliciter dixiſſe Tribonianum, uſumfructum finiri *non utendo per modum*, ſed *non utendo per modum, & tempus*. Per modum autem, & tempus non utitur, qui per modum temporis in jure definiti uſufructu abſtinet. Modus enim, & tempus modum temporis apud Tribonianum deſignat. Nam figura ibi Tribonianus utitur, qua rem unam per duo vocabula frequentiſſime veteres deſignare ſolent. Vide Noodt. *de uſufruct. libr. 2. c. 9.* Id probabilius videri debet, quod ibidem addit Tribonianus, de eo uſusfructus finiendi modo conſtitutione ſua caviſſe Juſtinianum. Ea autem conſtitutio extat *in l. 16. C. de uſufruct.* Atqui ibi definit Juſtinianus, uſumfructum amitti non utendo per modum temporis a ſe præfiniti. Extinguitur igitur uſusfructus non ſimpliciter non utendo per modum, ſed non utendo per modum temporis prædicta Juſtiniani lege præſcripti. Modus autem temporis, intra quod inuſu uſumfructum amitti juſſit Juſtinianus, decennium eſt inter præſentes, vicennium inter abſentes *d. l. 16. C. de uſufruct.*

XIII. At vero ne inutilis domino ſit nuda pro-

prie-

prietas, ubi finitus usufructus fuerit, is ad proprietatem redit §. 4. *h. t.*. Exinde autem & suæ rei fructus dominus ipse percipiet, & pars dominii ususfructus erit, ut loquitur Paulus *in l.4. ff. de usufruct.* Enimvero si conjunctim pluribus legatus sit ususfructus, si quis ex conjunctis deficiat, pars ususfructus deficiens ad proprietatem non revertetur, sed conjunctis accrescet. Eam ob causam Tribonianus *d.* §. 4. *h.t.* ad proprietatem tandem usumfructum redire scribit, ubi *totus* finitus is fuerit. Jus igitur accrescendi locum habet non solum in proprietate conjunctim legata, sed in usufructu quoque, ut passim liquet ex titulo *ff. de usufruct. accrescend.* De toto accrescendi jure latius infra videbimus sub titulo *de legat.* Opportunum tamen hic fuerit advertere, ea in re inter proprietatem, & usumfructum legatum duplex interesse discrimen. Primo enim, proprietate legata, inter conjunctos statim jus accrescendi cessat, postquam in legato conjuncti partem quisque suam agnoverint. Verum, conjunctim usufructu legato, jus accrescendi conjuncti habent non ab initio tantum, sed & quandocumque deficiat ex conjunctis quispiam. Pars igitur ab altero conjuncto quæsita, postea tamen amissa aliis conjunctis accrescet *l.* 1. *ff. de usufruct. accrescend.* Deinde, conjunctim proprietate legata, accrescendi jure non utitur, qui partem suam ab initio non agnovit *l. unic.* §.10. *C. de caduc. tollend.* Contra, pluribus conjunctim usufructu legato, accrescendi jure non caret, qui partem suam ab initio non agnovit *l.* 10. *ff. de usufruct. accresc.* Diversi juris rationem eleganter indicat Ulpianus, quia scilicet *ususfructus quotidie constitui-*

tur, *&* *legatur*, *non*, *ut proprietas*, *eo ſolo tempore*, *quo legatur* *l.* 1. §. 3. *ff. eod.* Multiplex ſcilicet legatum eſt uſusfructus, &, cum ſingulis quibuſque diebus fructus in fundo naſcantur, ſingulis quibuſque diebus is legari intelligitur. Quandocumque igitur pars uſusfructus defecerit, in partem deficientem conjunctus admitti debet. Contra proprietas ſemel legatur, ejuſque legatum eſt unum. Proinde, ubi quis ſemel partem ſuam repudiarit, legati vi pereunte, deficientem partem fruſtra deſiderat. Quæ tamen diximus, non ultra uſumfructum legatum extendi debent. Nam ſi uſusfructus contractu ſit conſtitutus, in eo jus accreſcendi locum non habet, ut late oſtendit Cujacius ad *l.* 64. *ff. de contrah. emption.* Id vel inde liquet, quod leges omnes, quæ jus accreſcendi in uſufructu memorant, de uſufructu legato perpetuo loquuntur, numquam de uſufructu contractibus conſtituto.

T I T U L U S V.

De uſu, *&* *habitatione*.

Altera ſervitutum perſonalium ſpecies uſus eſt. Uſum haud abſurde definire queas *jus utendi rebus alienis ſalva earumdem ſubſtantia*. Uſus percipi debet neque ad compendium, neque ad abuſum uſque, ſed intra uſus ipſius fines, quatenus ſcilicet utentis, ejuſque familiæ poſcit quotidiana neceſſitas *l.* 12. §. 1. *ff. de uſ. & habitat.* Conſtituitur autem, & finitur uſus iiſdem ferme modis, qui-

quibus constituitur, & finitur ususfructus *princip. instit. h. t.* Inter utrumque tamen complusculæ sunt differentiæ. Primo enim usus utentis necessitate definitur. Ex re igitur usuaria ultra necessitatis modum aliquid sumi nequit. Contra ususfructus rei emolumentum omne complectitur. Hinc licet ususfructus divisionem recipiat, ac pro parte legari queat *l. 5. ff. de usufruct.* usus tamen neque ullam divisionem admittit, neque pro parte legari potest *l. 19. ff. de us. & habitat.* Usus scilicet necessitate finitur: ei igitur quidpiam demi nequit: si secus fiat, quod superest, idoneum non præstat usum. Deinde ususfructus idem futurus apud omnes vendi, locari potest *l. 11. §. 2. ff. de pignor. & hypoth.* Id ipsum tamen in usu non licet. Nimirum percipiendus est usus ex re usuaria, quatenus exposcit quotidiana necessitas: necessitatis pro diversitate hominum diversi sunt gradus, & solet præ altero alter plus indigere. Ita usum in alios transferri non placuit, ne fraus fieret rei usuariæ domino, si in egentiorem hominem transferretur *l. 8. princip. ff. de us. & habitat.* Enimvero res ipsa aliquando suadet, ut usus ab usuario in alium transferri possit. Ita quidem silvæ remotioris usu legato, ligna ejus cædua vendi non prohibentur; aliter ex legato usuarius nullam utilitatem percepturus esset *l. 20. princ. ff. eod.*

II. Porro quid ex rebus usuariis percipere usuario liceat, generatim definiri vix potest. Nam pro diversitate rerum usuariarum diverse de usuarii facultate responderi debet. Ita quidem, gregis usu legato, eo tantum ad stercorandum usuarium uti posse censebat Labeo; lacte, agnis, lana eum uti non posse, quia isthæc magis in fructu forent *l.*

 12.

12. §. 2. *ff. de us. & habitat.* & §. 4. *h.t.* Verum benignior ea in re Ulpianus fuit: is enim modicum quoque lactis usuario concedendum edixit *d. l.* 12. §. 2. *ff. eod.* Largius tamen agi cum eo placuit, cui fundi usus legatus esset. Is enim ad quotidianam familiæ necessitatem pomis, lignis, oleribus uti non prohibetur §. 1. *h. t.* Ex oleo etiam, frumento, ceterisque rebus, quæ nascuntur in fundo, tantum ei conceditur, quantum exposcit quotidiana necessitas *d. l.* 12. §. 1. *ff. eod.* Illud tamen addubitari queat, an, si de frumento, ac ceteris frugibus agatur, pro rata usuarium conferre oporteat culturæ sumptus. Ea in re affirmans sententia probabilior videri debet. Aperte enim Paulus pronunciat *in l.* 18. *ff. eod.* communi sumptu usuarii, & heredis reficiendam rem esse, si inter utrumque communis sit usus rei legatæ. Ceterum, quod supra monuimus, quotidiana tantum necessitate usum circumscribi, non ita intelligi debet, quasi in dies singulos cum sportula usuarius ad proprietarium itare debeat. Æquitas enim ipsa suadet, ut simul capiat usuarius, quod sufficiat in anni necessitatem.

III. Inter servitutes personales etiam referri debet habitatio, jus scilicet alienas ædes inhabitandi. Ea autem servitus constituitur iisdem fere modis, quibus constituitur usus, & ususfructus; iisdem etiam modis intercidit. Illud tamen in habitatione olim singulare placuit, quod per minimam capitis deminutionem non amittebatur *l.* 10. *princip. ff. de us. & habitat.* In ea re ab usu, & usufructu ideo recessit habitatio, quia ex Modestini sententia in facto potius, quam in jure consisteret *l.* 10. *ff. de capit. minut.* Quæ

enim

enim facti erant, post minimam capitis deminutionem olim retinebantur. Conf. doct. ad *d. l.* 10. *ff. de capit. minut.* Ceterum ante Justinianum inter ædium habitationem, & usum vix quicquam intererat. Hinc plerique veteres censuerunt, eam exemplo usus aliis locari non posse. Secus tamen Marcello visum. Is enim, habitatione legata, eam a legatario censuit separatim locari posse §. 5. *instit. h. t.* Marcelli sententia ab Justiniano confirmata fuit *l.* 13. *C. de usufruct.* Proinde jure novo inter ædium usumfructum, & habitationem vix quicquam interest.

TITULUS VI.

De usucapionibus, & longi temporis præscriptionibus.

Expositis sub hujus libri priori titulo acquirendi modis jure Gentium institutis, ad civiles acquirendi modos orationem hic transfert Tribonianus. Modos autem acquirendi civiles in *universales*, & *singulares* divisere veteres. Universalibus acquirendi modis alicujus universa jura acquiruntur; singularibus acquirendi modis res singulæ acquiri solent. De universalibus acquirendi modis infra ad titulum decimum cum Imperatore videbimus: hic de singularibus acquirendi modis sermonem instituemus. Civiles autem acquirendi modi singulares complusculi apud veteres Romanos erant. Plurimi olim intererat res adipisci per modos acquirendi civiles præsertim ob dominium

Quiritarium inde acquiri solitum. Eam ob rem civiles acquirendi modi frequentissime olim adhibebantur. Verum, dominii Quiritarii, & bonitarii discrimine ab Justiniano sublato, modorum acquirendi civilium infrequentior usus evasit. Proinde non de modis omnibus acquirendi civilibus sollicitus fuit in institutionibus Tribonianus. Adolescentibus eos tantum exposuit, qui magis necessarii viderentur. Ejusmodi esse censuit usucapionem, donationem, legatum, fideicommissum singulare denique. Nos ejus sequuti vestigia de usucapione sermonem hic instituemus; de reliquis tribus civilibus acquirendi modis infra videbimus.

II. Primum omnium per usucapionem, seu præscriptionem acquirimus alienæ rei dominium eam possidendo per tempus in jure definitum. Recte autem Imperator usucapionis originem a jure civili repetit, & civilibus acquirendi modis eam accenset *princip. h. t.* Scriptores quidem complures præclari nominis usucapionem, seu præscriptionem potius ab jure Gentium repetendam contendunt. Eorum potissimum argumentum est, quod sine præscriptione humanæ societatis concordia sperari nequeat; omnium etiam ferme Gentium consensu placuerit, ut diuturna possessione alieni territorii dominium acquiri posset. Eo fere redeunt, quæ in eam sententiam differunt Grotius *de jur. bell. & pac.* 2. 4. & Pufendorfius *de jur. Natur. & Gent.* 4. 12. Id tamen dissidium facile componi potest, si duplex præscriptio distinguatur, quarum altera a jure Gentium, altera a jure civili profluxerit. Duplicem autem præscriptionem admittendam esse demonstrasse videtur Christianus Thomasius ex diversis utriusque præscriptionis fundamen-

tis

tis *jurisprudent. divin.* 2. 10. Nimirum præscriptionis jure Gentium introductæ fundamentum est tacita derelictio consensu Gentium præsumi solita adversus eos, qui neque vi, neque clam, neque precario res suas ab aliis diutius possideri sinunt. Contra præscriptionis institutæ jure civili fundamentum est pœna adversus eos indicta, qui in rebus suis negligenter agunt, neque de ipsis reciperandis cogitant. Eo accedit, quod pro utriusque præscriptionis diversitate diverse de tempore pronunciari debet, intra quod præscriptio sit absolvenda. In præscriptione scilicet jure Gentium introducta ejus temporis definitio relinqui debet arbitrio boni viri, qui pro rerum diversitate de præscriptionis tempore diverse decernat. Conf. Pufendorf. *loc. cit.* §. *9*. Contra tempus præscriptionis civilis definitur a jure Civitatis, de quo infra liquebit.

III. Quæcumque autem præscriptionis origo fuerit, ad perimendas in Civitate lites nil quicquam ea opportunius excogitari potest. Falso igitur edixit Cujacius, præscriptionem juri Gentium adversari ad *l.* 1. *ff. de usucapion.* Neque cum Cujacio regeras, præscriptionem juri Gentium adversari, quia dominium invito aufert. Primo enim alienare sua sponte videtur, qui rem suam usucapi patitur *l.* 28. *ff. de usucapion.* Deinde usucapionis effectui tacite dominus assentitur, si in Civitate recepta sit usucapio. Vid. Hugon. de Roy *de eo, quod just. est* 3. 3. Prætereo, quod dominium ab ipso jure Civitatis manat; summus autem Imperans dominio leges dicere in Civitate pro arbitrio potest; transferre etiam illud in alterum, si ratio Civitatis ita suaserit. Stet illud igitur, æquitati juris

juris Gentium civilem præscriptionem non adversari. Vid. Donell. *comment.* 5. 30.

IV. Jam vero de usucapione hoc circumfertur Decemvirale carmen. *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annuus usus esto* Gothofr. *in tab.6.* Sententia totius legis eo redit, prædia ab alio possessa intra biennium tantum, res mobiles, aut se moventes tantum intra annum a domino vindicari posse; eo tempore circumacto, novo possessori per usucapionem acquiri. Conf.Gothofred. *in probat. ad d. tab. 6.* Porro mirum videri non debet, intra anni, aut biennii angustias usucapionem coercuisse Decemviros. Nimirum tempore latæ legis Romanum Imperium angustissimis finibus continebatur. Intra tempus igitur lege præstitutum res suas ab aliis possessas commode cives vindicare poterant. Cum vero Decemvirorum ævo intra Italiæ fines consisteret Romana potentia, tantum in Italico solo constituta prædia usucapi poterant. Inde factum, ut, prolato tandem accessione Provinciarum Imperio, fundi provinciales usucapione fuerint exempti. Secus in mobilibus tamen obtinuit. Ea enim seu Romæ, seu in Provinciis constituta forent, per usucapionem acquiri non vetabantur Ulpian. *fragm.* 19. 8. Peregrini tantum, si jus commercii non impetrassent, usucapione uti non poterant. Nam adversus *hostes*, quo vocabulo peregrini designabantur, perpetua rei vindicatio domino competebat. Cicer. *pro Cæcin.* 26.

V. Ab initio igitur saltem in rebus immobilibus extra Italiam usucapio non procedebat. Ita in Provinciis a bonæ fidei possessoribus nullus litium finis sperari poterat. Quapropter ut litium

occasiones præciderentur, ad fundos etiam provinciales non veram usucapionem, sed præscriptionem edicto suo Prætores cœperunt extendere. Per eos enim cautum edicto fuit, ut prædiorum in Provinciis bonæ fidei possessores, decennii, vel vicennii præscriptione adversus petitores opposita, securi forent. Proinde a suis initiis præscriptio nuda fuit exceptio, qua possessione decennii inter præsentes, vicennii inter absentes a possessore bonæ fidei repellebatur actor. Conf. Donell. *comment.* 5. 4. *n.* 5. & ad *tit. C. de except. n.*15. Ita veteris juris asperitas per Prætores mollita fuit. Eam vero jurisprudentiam litibus perimendis opportunissimam lubenter sunt amplexi jurisconsulti, ut ex ipsorum fragmentis passim in pandectis liquet *l.* 4. & 14. *ff. pro empt.*

VI. Porro ea præscriptio per Prætorem inventa, cum nuda esset exceptio, ab initio suo dominium in possessorem transferre non poterat. Proinde si possessio olim amissa foret, possessori bonæ fidei ne utili vindicatione quidem rem petere fortasse licebat. Verum contra juris rigorem paulatim invaluit, ut utilis saltem rei vindicatio bonæ fidei possessori accommodaretur, ubi amisisset possessionem *l.* 10. *princ. ff. si servit. vindic.* Ita ea de re ad Justinianum usque receptum jus fuerat. Verum Justinianus per præscriptionem dominium acquiri jussit perinde, ac per alios civiles acquirendi modos. Hinc si post præscriptionis tempus exactum bonæ fidei possessor amisisset possessionem, ad rem petendam directam vindicationem ei concedi jussit *l.*8. *C. de præscript. trigint. vel quadrag. annor.* Idem Augustus, rerum Italicarum, ac Provincialium sublato discrimine, & præ-

dia

dia ubicumque posita per præscriptionem acquiri jussit, & usucapioni præscriptionem æquavit *l.un. C. de usucap. transform.* Cum tamen usucapionis tempus in jure Decemvirali præscriptum videretur angustius, idem Justinianus longius tempus sine locorum discrimine præscriptioni, seu usucapioni constituit. Res igitur mobiles, ac se moventes possessione triennii acquiri jussit; res vero immobiles possessione decennii inter præsentes, vicennii inter absentes *d. l.unic. C. de usucap.transform.*

VII. Ex novissimis igitur Justiniani legibus, quod ad tempus, & acquisitionis effectus, inter usucapionem, & præscriptionem vix quicquam interest. Conf. Donell. *comment.* 5. 4. Neque tamen usucapionis, & præscriptionis vocabulo semper promiscue uti licet. Ut enim alia præteream, usucapio ultra vicesimum annum numquam excurrit; præscriptio ultra procedit, & vel ad centum annos extendi potest, ut infra liquebit. Si hinc discedas, usucapio a præscriptione non differt; nam per usucapionem, ac præscriptionem idem dominium acquiri solet. Utraque igitur definiri queat *civilis modus acquirendi dominii per continuationem possessionis per tempus in jure definitum l. 3. ff. de usucap. & usurpat.* Neque tamen seu usucapio, seu præscriptio a sola temporis prærogativa pendet. Nam præter tempus requiritur etiam justus titulus, bona fides, possessio non interrupta. Res quoque ejusmodi esse debet, ut præscriptionem admittat. Juvabit igitur ea omnia accuratius enarrare.

VIII. Primum omnium locus usucapioni esse non potest, si justus titulus, seu causa ad transfe-

ren-

rendum dominium apta in possessore desit *princ. instit. h. t.* Is autem titulus falsus esse non debet. Proinde neque pro empto, neque pro donato, aliove quo titulo usucapiendi jus erit, si neque emptio, neque donatio, neque alia acquirendi causa intercesserit *§. 6. h. t. & l. 27. ff. de usucap. & usurpat.* Specialis etiam in usucapione titulus esse debet. Proinde ne titulo quidem generali pro suo res usucapi poterit. Neque enim generali titulo pro suo quid usucapere licet, nisi cum eo generali titulo alter specialis adsit. Opportune ea de re Ulpianus *in l. 1. princ. ff. pro suo. Pro suo possessio talis est, cum dominium nobis acquiri putamus, & ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur, & præterea pro suo: ut puta ex causa emptionis & pro emptore, & pro suo possideo.* Eo usque autem in usucapione titulus est necessarius, ut ne falsa quidem possessoris existimatio eum supplere possit. Non procedit igitur usucapio, si rem se emisse quis falso putet *d. l. 27. ff. de usucap. & usurpat.* Enimvero in rebus incorporalibus titulus quoque præsumptus ad præscriptionem prodest. Ejusmodi titulum inducit patientia domini, qui alterum diuturno tempore nec vi, nec clam, nec precario in suo uti servitute patitur. Proinde scribit Ulpianus, ei, qui diuturno usu jus aquæ ducendæ per alienum sit nactus, necesse non esse docere de titulo, quo eam facultatem sibi quæsierit *l. 10. princ. ff. si servit. vindic.*

IX. Præter justum titulum bona etiam fides in usucapione requiritur. Ut autem bona fides in possessore esse dicatur, sufficit, eum ignorare, rem alienam esse. Ita sane bona fides in emptore aderit, si eum, qui vendidit, aut dominum crediderit,

rit, aut vendendi jus saltem habere *l.* 109. *ff. de verbor. signif.* Ea tamen ignorantia in errore facti versari debet. Nam juris error in acquirendo non prodest *l.* 17. *& sequ. ff. de jur. & fact. ignorant.* Ceterum in re dubia potius bona fides in possessore præsumi debet. Inde fit, ut, ubi possessor de alterius dominio dubitare cœperit, bonam fidem non statim amittat. Nam mala fides incipiet, vel ubi alienum jus explorarit, vel res in judicium deducta fuerit *l.*10. *C. de acquir. possess.*

X. Porro ex regulis Romani juris tantum a possessionis initio bona fides spectari debet. Proinde si post quæsitam possessionem superveniat mala fides, usucapio recte procedet *l.*48. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Secus tantum id esse placuit in fructibus, qui per perceptionem acquiri solent. Nam ut ii bonæ fidei possessori cedant, non sufficit ab initio bona fide possedisse prædium, nisi & perceptionis tempore bonam fidem possessor habeat *d. l.* 48. §. 1. *ff. eod.* Mirum autem videri non debet, si in acquirendo per usucapionem prædio ab initio tantum spectanda sit bona fides; in ejusdem vero fructibus acquirendis perceptionis etiam tempore bona fides spectari debeat. Nam in acquirendo per usucapionem prædio una quidem fit acquisitio. Contra in perceptione fructuum plures intercedunt acquisitiones. In singulis igitur perceptionibus bona fides adesse debet. Enimvero id discrimen ignorat jus Pontificium. Nam ex ejus regulis in rebus omnibus usucapiendis non solum ab initio, sed intermedio quoque tempore bona fides spectari jubetur *c.* 5. *&* 20. *X. de præscript.*

XI. Rursus sine possessione contingere nequit usucapio. Possessionem autem non qualemqualem in-

intellige, sed civilem. Ad usucapionem igitur ea tantum possessio prodesse potest, quæ cum dominii affectu conjuncta est, & naturali detentioni solet opponi. Quapropter si qui in possessione sunt alieno nomine, eis possessio isthæc ad usucapionem prodesse nequit *l.* 33. *ff. de usucap. & usurpat.* Ejusmodi possessio est inquilini, coloni, commodatarii. Civilem quoque possessionem in usucapione continuatam oportet esse. Nam si qua ejus interruptio fiat, usucapio non procedit *l.* 3. *ff. eod.* Interruptionem possessionis *usurpationem* dixere veteres *l.* 2. *ff. eod.* Eadem vel naturalis est, vel civilis. Naturalis usurpatio fit, si vi aliquis de possessione dejiciatur *l.* 5. *ff. eod.* Civilis usurpatio fiet per contestationem litis, aut per solam libelli oblationem *l.* 10. *C. de acquir. possess.* Utrovis modo possessionis usurpatio facta fuerit, possessio statim interrumpitur, & præteritæ possessionis tempus ad usucapionem non prodest. Hinc, impleta usucapione inter judicii moras, possessione interrupta per litem victus possessor adversus actorem ad usucapionem uti non potest *l.* 18. *ff. de rei vindic.*

XII. At vero licet oporteat, possessionem continuatam esse, necesse tamen non est, ut ea in eodem possessore continuetur. Hinc ad usucapionem implendam recte utetur successor alienæ possessionis additamento §. 7. *h. t.* Si igitur per quinquennium prædium possederit venditor, post alterum possessionis quinquennium in emptore usucapionis tempus absolvitur §. 8. *eod.* Ab initio quidem soli successores universi juris ejusmodi accessionibus in usucapionibus uti poterant: verum Severi, & Antonini rescripto ad successores etiam singulares hoc possessionis additamentum fuit exten-

tensum *d.* §. 8. *h. t.* In ea re tamen inter heredem, & successorem singularem interest. Quod enim ad heredem, is in vitia, ac virtutes defuncti succedit. Cujusmodi igitur sit ipsius possessio, unice definiendum erit ex persona defuncti. Quapropter si mala fide defunctus possidere cœperit, bona ipsius fides heredi non proderit. Proinde ne a sua possessione quidem is usucapionem inchoare poterit *l.* 11. *ff. de divers. tempor. præscript.* Contra successoris singularis ea in re melior est conditio. Is enim, si auctor mala fide possidere cœperit, a possessione sua usucapionem inchoare non prohibetur, si ipse rem acceperit bona fide. Is enim cum universi juris successor haud sit, malam fidem auctoris non habet *l.* 5. *ff. de divers. tempor. præscript.*

XIII. Denique procedere nequit usucapio, si eam res non admittat. Permulta autem usucapionem admittere nequeunt vel ob privilegium ipsis tributum, vel ob vitium, quo sunt affecta. Ob privilegium usucapi non possunt res extra commercium positæ, res fisci, & bona vacantia, quæ ei nunciata jam fuerint §. 4. *h. t.* Ob privilegium etiam prohibentur usucapi res Civitatum, Ecclesiarum, impuberum, minorum, &, ne percenseam singula, res generatim omnes lege, vel testamento alienari prohibitæ *l.* 2. *C. pro empt. & l.* 16. *ff. de fund. dotal.* Ob vitium vero, quo sunt affectæ, vetantur usucapi res furtivæ, aut vi possessæ. Quod ad rem quidem furtivam, ejus usucapionem omnino vetuere Decemviri. In eam sententiam vulgatum est Decemvirale carmen: *rei furtivæ æterna auctoritas esto.* Enimvero ex jurisconsultorum interpretatione lex isthæc ita fuit

acce-

accepta, ut res furtiva ab ipso tantum fure, neutiquam vero ab aliis vetaretur usucapi. Id tamen iniquum posteritati visum. Proinde anno fortasse Urbis 556. cautum lege Atinia, ut res furtiva a dominis perpetuo vindicari posset; a nemine autem posset usucapi, nisi in potestatem domini reversa foret Gell. *noct. Attic.* 17. 7. Ita sane de rebus furtivis jus fuerat olim. De rebus tamen vi possessis ante legem Juliam, & Plautiam secus obtinuit. Lex enim Atinia impedimento non erat, quominus vi possessa prædia possent usucapi. Nam ex regulis Romani juris prædii furtum fieri non posse credebatur §. 2. *h. t.* Quapropter primum lege Plautia, deinde & Julia cautum, ne rerum vi possessarum ulla usucapio foret *d.* §. 2. *h. t.* Lex isthæc Julia ea ipsa est, quam de vi publica, & privata tulit Julius Cæsar, quo tempore dictator erat. Conf. Heinec. *histor. jur. libr.* 1. *c.* 3. §. 98. In eam a Cæsare relata fuit & lex Plautia, quæ de rebus vi possessis antea caverat. Hinc intelliges, cur lex Plautia Juliæ præponatur *in l.* 33. §. 2. *ff. de usucap. & usurpat.* Perperam igitur Tribonianus Juliam Plautiæ præposuit *d.* §. 2. *h. t.*

XIV. Hactenus de requisitis usucapionis, seu præscriptionis egimus. Si quid eorum deesset olim, res usucapi quidem haud poterant. Ea vero de causa actiones perpetuæ competebant, quas nulla temporis præscriptio perimebat. Enimvero Civitatis intererat, lites immortales haud esse, & aliquem tandem sollicitudini finem imponi. Quod igitur ad actiones civiles, si perpetuæ forent, eas triginta annorum præscriptione tolli jusserunt Honorius, & Theodosius *l.* 3. *C. de præscript. trigint. vel quadragint. annor.* Verum sub Anastasio sub-

tilitatibus suis contendebant quidam, prædicta constitutione actiones quasdam non contineri, easque vere perpetuas censendas esse. Eas igitur Anastasius quadraginta saltem annorum præscriptione sopiri jussit *l.* 4. *C. eod.* Ita quadraginta etiam annorum nata præscriptio, eamque contra fiscum, aut Principem opponi placuit, si de fiscali, aut patrimoniali fundo lis esset *l.*14. *C. de fund. patrim.* Eadem præscriptione quadragenaria infringi jussit Justinianus actionem hypothecariam, si ageretur adversus ipsum debitorem, aut heredem *l.* 7. *C. de præscript. trigint. vel quadragint. annor.* Eadem præscriptione denique elidi jussit Justinianus actiones omnes, de quibus semel contestata lis foret *l.* 9. *C. eod.* Quod vero ad crimina, ea præscriptione viginti annorum perimi voluere Principes *l.* 2. *C. ad leg. Cornel. de sicar.* Ea autem viginti annorum præscriptio adversus ipsum parricidium opponi potest. Vid. Anton. Matth. ad *libr.* 48. *ff. tit.* 19. 5. 1.

XV. Ex dictis hactenus aperte liquet, ex regulis quidem Romani juris triginta, aut quadraginta saltem annorum præscriptione perimi actiones omnes. Conf. Donell. *commentar.* 5. 31. *n.6.* Enimvero vulgo doctores statuerunt, Romanam Ecclesiam sola centenaria præscriptione repelli posse. Ea in re doctores errarunt ob *authent. quas actiones. C. de sacrosanct. Eccles.* Quicumque enim ejus authenticæ fuerit auctor, is Romanæ Ecclesiæ centenariæ præscriptionis privilegium tribuit contra Justiniani mentem *in novell.* 131. *c.* 6. Justinianus quidem Ecclesiarum, Civitatum, & piorum locorum actiones centenaria tandem præscriptione infringi jussit *l.* 24. *C. de sacrosanct. Eccles.*

cles. & novell.9. Ejusmodi tamen præscriptionem statuisse videtur Imperator fraude Sacerdotum Emesi circumventus. Ii enim diplomatum quorumdam suppostitiorum ope familias quasdam bonis suis nitebantur exuere. Conf. Procopium *histor. arcan.* 28. Proinde Justinianus, fraude fortasse comperta, præscriptiones adversus Ecclesias, & loca pia rursus intra spatium annorum quadraginta coercuit *d. novell.* 131. *c. 6.* Veteri igitur privilegio per Principem revocato, ipsi Pontifices sanctioris ætatis in ea re nusquam jus singulare aliquod Romanæ Ecclesiæ tribuerunt. Instar omnium esse potest Gregorius Magnus apud Gratianum *caus.16.quæst.* 4. *c.2.* Hoc privilegium Romanæ Ecclesiæ primus asseruit Joannes VIII. apud eumdem Gratianum *loc.cit. quæst.3. can. ult.* Eum Pontificem sequutus seu Irnerius, seu glossator alius in prædicta authentica Romanæ Ecclesiæ centenariam præscriptionem tribuit. Rectius contendi posset, Civitates ipsas centenaria tantum præscriptione hodie repelli posse ob *d.l.24. C. de Sacrosanct. Eccles.* Quod enim ad Civitates, ei legi derogatum ab Justiniano non fuit *in d. novell.* 131. *c. 6.* Conf. Cujac. *observat.* 5. 5. Sed videamus, an ex regulis supra propositis in Regno Neapolitano præscriptio sit admittenda.

XVI. Ubi in Provinciis Neapolitanis regnari cœptum, sub ipso fortasse Nortmannico Principatu apud nos præscriptio obtinuit. Saltem Fridericus II. Nortmannorum in Regno successor Regia constitutione sua ea ferme omnia confirmavit, quæ ea de re jure civili novissimo cavebantur *constit. duram. de præscription.* Tantum præter regulas Romani juris constitutum ab eo fuit, ut contra

 fiscum,

fiscum, aut Principem sola centenaria præscriptio opponi posset *constit. quadragenalem. de prorogat. præscript.* Legitimas etiam in Regno præscriptiones servari jussit Ferdinandus Catholicus *pragm.* 1. *de præscript.* Jus igitur Neapolitanum scriptum præscriptionem & fovet, & jubet. Verum a renata fere jurisprudentia dissidium apud nos fecere doctores, an in Regno Neapolitano præscriptio admittenda esset. Matthæus quidem de Afflictis eo inclinare videtur, ut præscriptione tricenaria, vel quadragenaria omnes in Regno actiones infringi queant *in decis.* 13. *n.* 2. *& sequ.* Is tamen sui oblitus præscriptiones replicatione ignorantiæ pronunciat elidi posse *decis.* 37. *n.* 1. *& sequ.* Ursillus vix Afflicto constantior in Regno præscriptionem agnoscit, licet pro ea vix judicari moneat: de ipsius enim requisitis perraro constare scribit ad *d. decis.* 13. *n.* 9. Mox tamen idem Ursillus religiosior fortasse factus ipsam præscriptionem centenariam per replicationem saltem ignorantiæ edicit eludi posse ad *d. decis.* 37. *n.* 2. Eam vero sententiam eo potissimum argumento tuetur, quia peccatum remitti nequit, nisi restituatur ablatum. Quasi vero Principi non liceat, de dominio leges in Civitate scribere, isque auctor peccandi sit, si præscriptionem recipi jubeat. Denique, ne multus sim, Antonius de Marinis præscriptionem tricenariam in Regno utiliter opponi censet, si cum privatis agatur *resolut.* 2. 115. *n.* 10.

XVII. In tanto doctorum dissidio rerum judicatarum non minor incertitudo. Ea de re jus in Regno certius restitutum videri queat per definitionem in generalibus comitiis a Sacro Consilio evulgatam anno 1738. Tunc enim temporis omnes

ejus

ejus Senatus patres censuerunt, *præscriptioni, qua actiones extinguuntur, in quocumque Regni foro locum esse oportere, modo conditionibus a jure civili, Pontificio, ac lege municipali præstitutis plane sit confirmata. Propterea neque debitorem, qui ob conscientiam debiti semper est in mala fide, neque heredem, licet bonæ fidei, qui possessori malæ fidei successerit, præscriptione juvari umquam posse. Ceterum in tertio possessore bonam fidem præsumendam esse, ideoque lapsu triginta annorum a die natæ actionis, ac deductis temporibus jure deducendis, legitima præscriptione eum recte uti posse. Ad hanc tamen excludendam licere actori apertis argumentis probare, illum possessorem sive ab initio, sive intra præscriptionis spatium vere in mala fide fuisse, probationibus præsumptæ malæ fidei prorsus rejectis.* Licet autem definitio isthæc Regiis quoque literis confirmata fuerit anno 1743. de eo tamen argumento verissime dici potest, leges per mores subactas esse. Nam ex recepta in foro consuetudine ne ipsa quidem centum annorum præscriptio inter privatos prodesse solet. Sane si post lapsum centum annorum rei meæ dominium ab alio possessæ probavero, ipsa centum annorum præscriptio mihi frustra opponetur. Si quid autem video, in foro Neapolitano locus præscriptioni patet, si aut de servitutibus sit controversia, aut de præscribenda instrumentorum via, quam *exequutivam* vocant. Per præscriptionem etiam in Regno intercidunt actiones illæ, quæ intra certum tempus institui jubentur in jure civili. Ita quidem ex regulis Romani juris apud nos inofficiosi querela præscriptione quinquennii elidi potest *l. 8. §. ult. ff. de inoffic. te-*

 stam.

stam. Ex jure civili quoque crimina generatim omnia apud nos præscriptione vicennii infringi solent ex *l.* 12. *C. ad leg. Cornel. de fals.* Id ipsum tamen intellige, modo ne de criminibus agatur, quibus brevioris temporis præscriptionem leges opponi sinunt.

TITULUS VII.

De donationibus.

Alter modus acquirendi civilis *donatio* Triboniano est *princ. h. t.* Id ipsum tamen intellige, quatenus donatio gratuitam ipsam rei donatæ traditionem complectitur. Quatenus enim beneficam de dando conventionem designat, ea non acquirendi modus, sed titulus videri debet. Ceterum cum naturaliter plerique omnes ad liberalitatem propensi simus, præsens acquirendi modus ex jure potius Gentium est repetendus. Perperam igitur Tribonianus hic civilibus acquirendi modis donationem accenset. Saltem jure Romano novissimo donatio naturalis acquirendi modus censeri debet. Non negarim quidem, donationem ante Justinianum fuisse modum acquirendi civilem. Nimirum in donatione olim mancipationis ritus adhibebatur Brummer. ad *leg. Cinc.* 13. Quæcumque enim res donaretur, eam per mancipationis solemnitatem in donatarium transferri oportebat. Ea de re ipsis lapidibus testimonium denunciare licet. Ita sane vetus Romæ marmor: *hoc monumentum L. Titurius Sabinus, se vivo, donavit L.*

L. Sanio Symphoro, *mancipavitque sestertio nummo uno*. Quamobrem ad Justinianum usque ob mancipationis solemnitatem civilis acquirendi modus donatio fuit. Enimvero in donationibus Justinianus mancipationis ritum contemni jussit, easque simplicitate juris Gentium regi voluit *l.* 37. *C. de donat.* Exinde igitur donatio naturalis acquirendi modus evasit. Novi autem juris in institutionibus oblitus Tribonianus civilibus acquirendi modis eam accensuit.

II. Jam vero donatio haud absurde definiri queat *liberalis in alium rei collatio*. Donationis tamen duo sunt genera. Altera fieri dicitur *mortis causa*, altera *inter vivos princ. h. t.* Mortis causa donatio ab initio neque dominium in donatarium transfert, & pro lubitu revocari potest. Ea igitur donatio minus propria censeri debet. Est autem mortis causa donatio, quæ propter mortis suspicionem fit, seu eam suaserit imminens mortis periculum, seu mortalitatis sola cogitatio §. 1. *h. t.* Quapropter an mortis causa donatum fuerit, non ex mortis quidem periculo, sed ex verbis, quæ humanam mortalitatem inculcant, æstimari debet. Proinde si in extrema fati necessitate quis positus sine mortis cogitatione donet, potius inter vivos, quam mortis causa donasse videbitur *l.* 42. §. 1. *ff. de mort. caus. donat.* Contra si in optima valetudine constitutus quispiam ex mortalitatis cogitatione donet, donatio isthæc mortis causa facta videri debet *l.* 2. *et sequ. ff. eod.* Mortis autem causa donari potest non solum ob mortis nostræ, sed ob alienæ quoque cogitationem. Ita quidem & pater ob cogitationem mortis filii, & frater ob cogitationem mortis fratris mortis causa recte donat *l.*

18. *princ. ff. eod.* Ceterum qui mortis causa donat, insita vivendi cupidine optat, se potius rem donatam habere, quam donatarium; deinde donatarium potius, quam heredem suum; denique heredem suum potius, quam donatarii *l.* 35. §. 2. *ff. eod.* Proinde donatio mortis causa rescinditur, non tantum, si donatorem donationis pœniteat, sed etiam si aut cessante periculo is supervixerit, aut ante donatorem donatarius obeat *d.* §. 1. *h.t.*

III. Jam vero non conveniebant jurisconsulti veteres, num donatio mortis causa legato similis censenda foret, an ad contractum potius innominatum accederet, in quo aliquid datur futuram ob causam. Ita donatio isthæc inter contractum, & legatum fluctuavit ad Justinianum usque. Enimvero decisione sua Justinianus donationem mortis causa potius jure legati censeri jussit. Exemplo legati igitur eam ratam haberi voluit, si coram quinque testibus expedita foret *l. ult. C. de donat. caus. mort.* Ne credas tamen, per eam Justiniani constitutionem donationes mortis causa legatis omnino similes fuisse factas. In ea enim exæquatione id potissimum spectavit Justinianus, ut ob insinuationis defectum ejusmodi donationes infringi non possent. Si hinc discesseris, veteres differentiæ inter legata, & donationes mortis causa hodie adhuc servari debent. Ita sane secundum jus vetus secus, atque in legatis obtinet, donatio mortis causa ab hereditatis aditione non pendet, sed post donatoris obitum statim firmitatem accipit *l.* 32. *ff. eod.* Præterea si legetur in singulos annos, pro annorum diversitate diversa legata erunt. Primi igitur anni legatum purum videri debet: insequentium annorum legata conditionem habent,

si le-

si legatarius supervixerit. Mortuo igitur legatario ante diem legati cedentem, ad ejus heredem legatum non pertinebit *l.* 4. *ff. de ann. legat.* Contra mortis causa donatio in singulos annos una est. Pertinebit igitur etiam ad heredes, nisi secus donatori placuerit *l.* 35. §. *ult. ff. de mort. caus.donat.* Ne multus sim denique, absenti & ignoranti legari potest: donatio mortis causa acceptationem requirit, & in absentem, aut ignorantem conferri nequit *l.*38. *ff. eod.* Sed, his omissis, de donationibus inter vivos sermonem instituamus.

IV. Donatio inter vivos, ubi perfecta fuerit, temere revocari non potest §. 2. *h. t.* Proinde ea tantum vera, & absoluta donatio censeri debet. Apud veteres vero Romanos pro arbitrio cives res suas donare poterant, neque lex ulla solemnitates aliquas in donationibus præscribebat. Enimvero ubi peregrinæ opes prodigentiam intulerunt in Urbem, inconsultis donationibus quidam patrimonium suum exhauriebant. Proinde serio cautum oportuit, ne donandi temeritate cives ex liberalibus prodigi fierent; suis vero. profusis aliena invaderent. Enimvero contrarium libertati fuisset donandi facultatem prorsus adimere. Eo deventum est igitur, ut donationes quibusdam saltem solemnitatibus subjicerentur, quæ eas, si non omnino tollerent, saltem difficiliores redderent. Eam ob rem opportune lata fuit lex Cincia a Marco Cincio Alimento tribuno plebis anno Urbis 549. Ea autem & ultra certam summam donationes sunt vetitæ, & in eis peragendis mancipationis ritus jussus est adhiberi Brummer. ad *leg. Cinc. c.* 12. & *sequ.* Mancipationis solemnitas eo pertinebat, ut

do-

donator maturiori consilio de donatione decerneret. Nimirum inter lætitiam aliquando mortales de rebus suis plus nimio sperare solent, aut certe benigniores videri volunt. Opportune igitur lex Cincia mancipationis necessitatem in donatione præscripsit. Per mancipationem enim quoddam veluti spatium furori donandi concedebatur. Nam inter testium advocationem, & cetera mancipationis solemnia frigescebat tantisper donandi ardor. Interea vero consultius de rebus suis statuere poterat, qui pridie exempli gratia inter faustas natalis acclamationes temere quid promisisset. Eadem fortasse de causa Constantinus & scripto fieri donationes jussit, & actis publicis insinuari. Vide Gothofred. ad *l.* 1. *C. Theodos. de sponsal.*

V. Ex dictis hactenus aperte liquet, mediæ jurisprudentiæ leges eo collineasse, ut, quoad fieri posset, donationes coercerentur. Verum juniores Principes vetustissimam illam donandi licentiam ferme restituerunt. Nam Theodosius quidem, & Valentinianus scripturam in donationibus jusserunt impune negligi *l.* 29. *C. de donat.* Justinianus vero necessitatem insinuationis remisit, si ultra quingentos aureos donatio non pertingeret *l.* 36. *C. eod.* Sed & ultra processum in ea re ab Justiniano fuit. Cum enim jure veteri sine stipulatione donationes infirmæ censerentur, eas ratas is haberi jussit, licet nudo pacto promissæ forent *l.* 35. §. 5. *C. de donat.* Idem etiam Augustus donationum licentiam in immensum auxit. Nam vel partem, vel totum hereditatis assem patrifamilias donare concessit *d. l.* 35. §. 4. *C. eod.* Hinc in Regno donationum effrænis illa licentia, cum præsertim apud nos exoleverit insinuationis necessitas; ei saltem contra ju-

ris

ris regulas in donationibus passim renunciari solet. Enimvero si effusiori donatione legitima illis imminuta fuerit, queis agere de inofficioso licet, saltem ad legitimæ quantitatem usque post donatoris obitum donatio rescindi potest *l.* 1. *& sequ. C. de inoffic. donat.* Inofficiosam vero donationem impugnare possunt non solum tempore donationis nati jam liberi, sed & qui post donationem suscepti fuerint *l.* 5. *C. eod.*

VI. Porro possunt donare omnes, qui liberam rerum suarum administrationem habent. Tantum ratio juris haud patitur, ut eis donare liceat, qui ob potestatis vinculum una veluti persona cum donatore censentur. Ea quidem de causa pater filiofamilias donare nequit. In ea re tamen inter vetus, & novum jus interest. Nam jure veteri ejusmodi donatio inutilis prorsus erat *l.* 1. §. 1. *ff. pro donat.* Ea convalescebat tandem, si a patre in morte confirmata foret Paul. 5. *sent. tit.* 11. §. 3. Hinc Diocletianus, & Maximianus donationem filiofamilias a parente factam potius destinationem paternæ voluntatis, quam perfectam donationem videri jubent *l.* 11. *C. de donat.* Verum jure novo per mortem parentis, soluto veluti potestatis vinculo, ejusmodi donatio solo silentio confirmatur *l.* 25. *C. de donat. int. vir. & uxor.* Idem potestatis vinculum faciebat olim, ne quid uxori donari posset a viro. Cum enim plerumque mulieres per matrimonium transirent in viri manum, uxores respectu viri filiæfamilias videbantur. Inde inter virum, & uxorem personæ unitas. Ea autem juris fictio faciebat, ut, si quid donasset uxori maritus, sibimet donasse censeretur. Enimvero ubi nuptiæ veteri ritu fieri desierunt, prædi-

ctum potestatis vinculum donationes inter conjuges impedire non poterat. Ita se mutuo amore conjuges spoliare cœperunt, & veluti venalicia facta sunt matrimonia. Cum igitur donationum inter conjuges prohibitio saluberrima in Civitate foret, alias rationes excogitari placuit, quibus eæ porro prohiberentur. Ipsa igitur consuetudo inter conjuges donationes prohibuit, ne venalicia matrimonia forent. Hinc moribus eam prohibitionem tribuit Ulpianus *in l. 1. ff. eod.* Ceterum mores ita receptos confirmavit quoque Senatusconsultum sub Antonino. Id extat adhuc *in l. 1. princ. ff. eod.* Sic autem ibi Senatus. *Majores nostri inter virum, & uxorem donationes prohibuerunt amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur.*

VII. Jam vero cum Senatusconsultum donationes inter conjuges interdicens saluberrimum videretur, ejus sententiam interpretationibus suis extenderunt jurisconsulti. Ita non tantum inter se conjuges donare prohibiti, sed ad eos etiam extensa est prohibitio, qui in ejusdem patris potestate forent. Hinc non tantum maritus, sed & ipsius frater, qui in ejusdem patris potestate est, frustra uxori donat *l.3. §. 2. ff. donat. int. vir. & uxor.* Et generatim affirmare licet, ex interpretatione jurisconsultorum fuisse prohibitas donationes omnes, quibus obliqua via senatusconsulto fraus fieret. Hinc jure pandectarum mater filio donare nequit, si is in mariti potestate sit. Eo jure scilicet filiusfamilias parenti acquirit adventitia; a matre igitur filio facta donatio in ipsius patris utilitatem redit *d. l. 3. §. 4. ff. eod.* Cum tamen

ho-

hodie adventitiorum saltem proprietatem filiusfamilias sibi quærat *l. 6. C. de bon. quæ liber.* nihil impedimento est, quominus mater filio donet. Moribus autem obtinuit, ut injustorum quoque conjugum donationes prohibitæ censerentur. Id ita receptum Ulpianus scribit, *ne melior esset conditio eorum, qui deliquerunt d. l. 3. §. 1. ff. eod.*

VIII. Cum vero inter conjuges donationes per leges infirmarentur olim, eæ & pro lubitu revocari a donatore poterant, & per donatoris mortem solo ejus silentio confirmatæ non censebantur. Proinde si res donatæ traditæ donatario forent, donatoris heres eas vindicare non vetabatur. Cum tamen durum, & avarum videretur, conjugi superstiti res donatas per heredes eripi, sub Antonino Caracalla de veteri rigore aliquid remissum fuit. Sub eo igitur a Senatu cautum, ipsum quidem donatorem pœnitere posse; in ejus morte tamen donationem solo silentio confirmari; donatoris igitur heredem res donatas frustra repetere *l. 32. §. 2. ff. eod.* Ceterum jure Antejustinianeo si res donatæ nondum traditæ forent, eas conjux donatarius frustra petebat, licet per silentium in morte donatio confirmata censeretur. Secus tamen Justinianus edixit. Is enim ab herede donatoris donationem impleri jussit, licet vivus donator res donatas non tradidisset *novell. 162. c. 1.* Conf. Bynkersk. *observat.* 5. 18.

IX. Donationes autem inter vivos, si rite perfectæ fuerint, pro lubitu revocari nequeunt §. 2. *h. t.* Pro lubitu inquam. Eæ enim justas ob caussas rescindi non prohibentur. Justæ donationis rescindendæ caussæ religioni judicis remittebantur olim.

olim. Verum longa inde litium, & injuriarum seges. Proinde quinque tantum ob causas Justinianus donationes rescindi concessit *l. ult. C. de revoc. donat.* Ex ea vero constitutione donationes revocari poterunt, si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidiatus fuerit; si grave damnum bonis ejus intulerit, si pacta denique donationi apposita implere noluerit. Ibidem ab Imperatore cautum, ut prædictas ob causas ipsi tantum donatori liceret agere; si in silentio decessisset donator, heredibus actio non competeret. Licet autem prohibuerit Justinianus, ne aliæ donationis rescindendæ caussæ allegari possent; passim tamen contra ejus mentem alias quoque causas passim admittunt interpretes superioribus majores, aut pares. Id quibusdam saltem in causis æquitatem habet. Ita sane æquum videri debet, ut donatio revocetur, si in rebus angustis alimenta donatarius donatori neget. Conf. Struv. ad *pandect. exercit.* 40. *th.* 15. Sed & communis fere pragmaticorum sententia est, ob supervenientiam liberorum donationes revocari posse. Ad eam vero sententiam confirmandam passim utuntur *l.* 8. *C. de revocand. donat.* Licet autem lex isthæc de donatione tantum loquatur a patrono liberto facta, æquitas fori tamen ad donationes omnes eam extendit. Id in foro fortasse receptum ex juris Longobardici regulis. Nam jus Longobardicum late olim in Regno Neapolitano servatum ob supervenientiam liberorum donationes rescindi jubet *in Longobard. libr.* 2. *tit.* 14. *l.* 14.

X. Aliud donationum inter vivos genus enarrat Tri-

Tribonianus §. 3. *h. t.* idque ob dotis potissimum securitatem olim invaluit. Donatio isthæc *ante nuptias* ab initio dicta fuit, quippe quam ante initum matrimonium fieri oportebat. Enimvero ejusmodi donationem, constante etiam matrimonio, fieri concessit Justinianus: proinde eam *donationem propter nuptias* appellari jussit *d.* §. 3. *h. t.* Verum & donationis propter nuptias apud nos hodie nullus est usus, & de ejus apud Romanos origine, causis, effectibus latius edisserui *in jur. Regn. libr.* 2. *tit.* 7. Actum igitur hic non agam. Cum tamen & donationes sponsalitiæ frequentissimi sint usus in Regno, eamque jurisprudentiæ partem in institutionibus Tribonianus omiserit, de eo potius argumento hic pauca delibabimus.

XI. Donationes sponsalitiæ inter sponsos ante nuptias fieri solitæ senatusconsulto de prohibitis donationibus inter conjuges non vetabantur *l.*27. *ff. de donat. int. vir. & uxor.* Ejusmodi vero donationes & puræ ab initio videbantur olim, & a reliquis donationibus inter vivos non differebant. Hinc, ne si repudio quidem sponsalia soluta forent, a sponsis repeti res donatæ poterant, modo ne sub futurarum nuptiarum conditione expressim donatum esset *l.*1. §.1. *ff. de donat.* Ita ea de re receptum jus Romæ fuit ad Constantinum usque. Enimvero cum sponsorum liberalitas ex affectu erga futurum conjugem plerumque proficisci soleat, donationibus sponsalitiis Constantinus futurarum nuptiarum tacitam conditionem inesse jussit *l.* 15. *C. de donat. ant. nupt.* Ita donationes sponsalitias Constantinus ceteris donationibus æquavit, quæ sub conditione fiunt. Quod ad earum vero rescissionem

Con-

Constantino placuit, ut si per eum, qui donationem accepisset, nuptiæ sequutæ non essent, rerum donatarum condictio donatori competeret. Sin facto donantis sponsalia soluta forent, non solum res donatas ab eo condici vetuit, sed & earum exactionem donatarium habere jussit, si post promissionem traditæ fortasse non essent *d. l.*15. *C. eod.* At vero uter sponsus voluntatem mutasset, non mutationis causam Constantinus spectari jussit. Id sapienter ab eo cautum, ut sponsaliorum sanctitas religiosius servaretur. Ea in re igitur sponsus audiri non debet, licet suspectos sponsæ mores arguere velit. Serum enim videri queat, accusare mores, qui solemni sponsaliorum repromissione adprobati videntur, si de crimine agatur, quod ante sponsalia fuerit admissum. Conf. Jacob. Gothofr. ad *l.* 2. *C. Theodos. de sponsal.*



TI-

TITULUS VIII.

Quibus alienare licet, vel non.

IPſa naturalis æquitas ſuadet, ratam haberi voluntatem ejus, qui rem ſuam alteri ea mente tradit, ut ſtatim accipientis fiat. Cum tamen in res ſingulorum dominium eminens ſummo Imperanti competat, ſecundum ipſius leges dominiorum translationes expediri debent. Si igitur jus publicum impedimento fuerit, ne domini voluntate quidem rerum dominia transferri poterunt. Inde fit, ut, inſpecto jure civili, aliquando dominus alienare nequeat; contra aliquando non dominus recte quidem alienet *princ. h.t.* Ejuſmodi argumentum, quod paradoxum videri queat, hoc titulo Tribonianus exequitur. At vero hoc potiſſimum inſtitutionum loco de prohibitione alienationis differi oportebat. Id autem edico, prædico, ne me quiſquam calumnietur, ſi in præſenti titulo tantiſper a veſtigiis Triboniani receſſero.

II. Primum omnium prohiberi poteſt rerum alienatio auctoritate vel publica, vel privata. Prohibetur alienatio auctoritate publica, ſi ab ipſa lege vetita ea fuerit: prohibetur auctoritate privata, ſi teſtamento, vel contrahentium conventione ea ſit interdicta. Quod ad primum igitur, ab ipſa lege prohiberi ſolet alienatio vel ipſarum rerum reſpectu, vel perſonarum intuitu. Rerum ipſarum reſpectu alienari jus civile vetat ſacra, ſancta, religioſa, publica, litigioſa: prætereo id

genus alia, de quibus aut supra actum, aut infra agetur. Ad præsens autem argumentum dotale prædium potissimum Tribonianus refert. Id enim maritum licet dominum per legem Juliam alienare non posse scribit *princ. h. t.* Pridem tamen ostendi *in jur. Regn. libr.* 4. *tit.* 5. §. 8. jure Justiniani novissimo dotalia prædia in dominio uxoris esse. Perperam igitur Tribonianus novi juris oblitus dominium fundi dotalis viris asseruit *loc. cit.*

III. Lex autem Julia a Triboniano memorata *princ. h. t.* est lex Julia de adulteriis, ut ex Paulo constat *recept. sent.* 21. 2. Eamdem ab Augusto latam ostendit Brissonius libro singulari ad *leg. Jul. de adult.* Ea lege cautum, ne viri, invita uxore, dotale prædium alienare possent: idem vero obligare sunt vetiti, quamvis consentiret uxor *l.* 4. *ff. de fund. dot.* Ut salva igitur dos uxori foret, id potissimum lex fieri vetuit, quod facilius mulier concessura esset. Exemplis scilicet compertum erat, vix induci mulieres, ut dotale prædium omnino venderent; in eo tamen obligando se præstare faciliores sibi persuadentes, res obligatas mox lui posse. Enimvero ne quid usquam periculi mulieri foret, a viris dotale prædium & alienari, & obligari vetuit Justinianus, seu consentirent, seu dissentirent uxores. Cum vero lex Julia ad fundum dotalem tantum Italicum pertineret, ejusque præscripto maritus dotale prædium provinciale alienare posset; ad fundos etiam provinciales legem Juliam extendi jussit Justinianus *d. princ. h. t.* & *l. unic.* §. 15. *C. de rei uxor. action.* At qui factum inquies, ut lege Julia prædia tantum Italica prohiberentur alienare viri, neutiquam vero provincialia? Id ita cautum

tum ego crediderim ob Italici prædii ſingulare pretium, & ingentiorem jacturam, quam ob ejus alienationem ſubiiſſet uxor. Nam, quales erant divitiæ temporum, damnum provincialis prædii levius videbatur Auguſto, neque legis providentia dignum. Sed videamus, quæ tandem alienationes non rerum quidem, ſed perſonarum intuitu prohibeantur.

IV. Ipſarum perſonarum intuitu non ſolum alienare nequeunt minores, & impuberes §. 2. *h.t.* & *l.* 3. *C. de reſtit. in integr.* ſed & bonis interdicti prodigi, ac filiifamilias reſpectu bonorum, quorum uſusfructus parenti quæritur *l.* 4. *ff. de reg. jur.* & *l. ult.* §. 5. *C. de bon. quæ liber.* Enimvero curatorum conſenſu minores, tutorum auctoritate pupilli alienare non prohibentur, modo ne de rebus agatur, quorum alienatio ſine decreto magiſtratus eſt interdicta. Sine magiſtratus decreto ruſtica tantum prædia alienari vetabantur olim. Eadem ſolemnitate tamen Conſtantinus alienari juſſit non ſolum urbana prædia, ſed res etiam mobiles pretioſas, & quæ ſervando ſervari poſſent *l.* 22. *C. de adminiſtr. tut.* Hinc, ſi res ejuſmodi fuerint, earum in Regno hodie non conſiſtet alienatio, niſi cauſa cognita decretum interponatur, *expedire pupillo alienationem iniri* de Roſ. *in civil. decret. prax. c.* 7. *n.* 57. & *ſequ.* Cum vero ſine tutoris auctoritate pupilli res ſuas alienare nequeant, recte inde Tribonianus infert, a pupillo pecunia data mutuo ſine tutoris auctoritate, nummos accipientis non fieri *d.* §.2. *h. t.*

V. Auctoritate privata prohibita cenſetur alienatio, ſi vel conventione contrahentium, vel teſtatoris juſſu vetita ea fuerit. Utrovis modo pri-

vatim prohibita fuerit alienatio, post contrahentium, aut testatoris obitum, prohibitio isthæc res ipsas afficiet, easque perpetuo comitatur. Proinde si adversus defuncti, aut contrahentium voluntatem res alienari prohibitæ alienatæ fuerint, perpetua earum vindicatio ei competet, in cujus gratiam alienatio sit interdicta. Apertus in eam sententiam est Papiniani locus *in l. 59. §. 3. ff. de legat.* 2. Verum opportunum hic fuerit advertere, non qualemqualem alienationis prohibitionem fideicommissum inducere. Ejusmodi prohibitio fideicommissum tandem inducet, si in alicujus personæ, aut familiæ gratiam vetetur alienatio. Si id factum non fuerit, alienationis prohibitio nudum consilium, aut præceptum exitu inutile, non fideicommissum censendum erit. Ea enim in specie nemo jus agendi nanciscitur. Audi ea de re Marcianum *in l. 114. §.14. ff. de legat.* 1. *Divi Severus, & Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum præceptum reliquerint.* Nunc breviter subnectamus, quinam non domini recte tamen alienent.

VI. Ex regulis igitur Romani juris quædam quoque personæ dominio quidem carentes recte tamen alienant. Ita sane curatores, aut tutores res minorum, aut impuberum recte vendunt *l. 109. ff. de verb. signif.* Creditores etiam, licet pignoris dominio careant, illud tamen alienare non prohibentur §. 1. *h. t.* Id æquitas ipsa suasit. Si enim facultas isthæc denegata creditori fuisset, nullum

ex

ex pignore commodum in eum redire posset. Nam moras usque nectendo debitor numquam ære alieno se liberaret. Quamvis autem non convenerint contrahentes, ut vendi possit a creditore pignus, post moram debitoris tamen adhuc id vendi potest. Ea tamen in specie una saltem denunciatio fieri debitori debet *l. 4. C. de distract. pignor.* Quin, jure pandectarum inspecto, licet ab initio diserte placuerit, ne pignus vendi jus sit, id etiam vendi a creditore poterit, modo id debitori ter denuncietur *l. 4. ff. de pignor. action.* Verum de pignoris distractione constitutionem suam Justinianus servari voluit *in l. 3. C. de jur. domin. impetr.* In ea Imperator primum observari jussit, quæ de pignoris venditione pacti contrahentes forent. Si ea de re nihil ab initio conventum esset, altero post denunciationem anno alienandi pignoris facultatem creditorem habere voluit. Si emptor non inveniretur, certum tempus luendo pignori per judicem præstitui debitori jussit. Si intra id tempus non lueretur a debitore pignus, creditorem a Principe impetrare voluit facultatem possidendi pro domino. Sed & ea facultate concessa per Principem, debitori adhuc indulsit, ut intra alterum biennium pignus luere posset. Verum post biennium quoque debitore cessante, justum pignoris dominum creditorem haberi jussit. Ea tamen in specie si debitum excederet pignoris pretium, actionem ad debitam quantitatem usque creditori dedit. Pignus igitur non tantum sub hasta vendi, sed & adjudicari creditori potest. Quid autem intersit inter pignoris adjudicationem, ejusque sub hasta venditionem, exposui *in jur. Regn. libr. 4. tit. 3. §. 5.*

TITULUS IX.

Per quas personas cuique acquiritur.

Cum possit alter alterius instrumentum esse, jus quidem Gentium impedimento non est, quominus per alterum alteri dominium, aut obligatio acquiratur. Nam & ex alterius pacto petendi jus alteri deferri potest, & fides, cuicumque promissa fuerit, exolvi debet. Inde factum, ut Respublicæ, & Civitates, quæ inter se solo Gentium jure reguntur, ratas haberi jubeant conventiones, quas alii pro aliis ineunt. Ejusmodi autem pacta in fœderibus haud infrequenter occurrunt. Mirum igitur videri non debet, si apud Civitates hodie non paucas pacta per alios in aliorum utilitatem inita servari jubeantur. Conf. Hert. ad *Pufendorf. de jur. Natur. & Gent.* 3. 9. 5. Enimvero ab ea Gentium simplicitate recesserunt Romani veteres. Nam seu ut frequentiores lites præciderentur, seu ut rerum suarum accuratius quisque satageret, neque dominium, neque obligationem per alterum alteri voluerunt acquiri. Ita secundum veteris juris subtilitatem ne per procuratoris quidem operam quidpiam olim acquiri poterat. Is tamen veteris juris rigor contractibus expediendis impedimento erat. Ita paulatim iurisconsulti eo rem perduxerunt, ut saltem per procuratores acquiri posset. Vide doctores ad §. *6. h. t.*

II. Ex dictis hactenus aperte liquet, ex regulis Romani juris, si a procuratore discesseris, aliis

per

per alios acquiri non posse §. *6. h. t.* Tantum ob potestatem maritalem, patriam, dominicam, quicquid nanciscebantur uxores, filii, servi, jure veteri ipsis patribusfamilias sine discrimine acquirebatur §. 1. *&* 3. *& d.* §.*6. h.t.* Et quod ad servos quidem, ii jure quoque novissimo nolentibus etiam, & invitis dominis generatim acquirunt *d.* §. 3. *h. t.* Solam hereditatem domino per servum acquiri non placuit, nisi eam servus jussu domini adiret. Cum enim æri alieno, & ceteris oneribus hereditariis obstringatur heres, periculum erat, ne libera aditione servi deterior domini conditio fieret *d.* §. 3. *h. t.* Enimvero quod ad uxores, filiosque familias, jus novum a veteri longe distat. Uxores enim, ex quo exolevere nuptiæ per conventionem in manum, viris desierunt acquirere. Tantum in re dubia, si quid possideat mulier, id ex mariti rebus provenisse præsumi debet. Id ita placuit, ut in mulieribus turpis quæstus suspicio vitari posset *l.* 51. *ff. de donat. int. vir. & uxor.* Filii quoque familias, ex quo Rempublicam invasere Principes, non omnia quidem parentibus, sed & plura sibi cœperunt acquirere. Hodie igitur pro peculiorum diversitate filiifamilias quædam parentibus, quædam acquirunt & sibi. Proinde ut intelligatur, quæ parentibus, quæ sibi filiifamilias acquirant jure novissimo, peculiorum diversitas paucis est prænarranda.

III. Primum omnium peculium definitur ab Ulpiano, *quod jussu parentis, aut legis filiofamilias conceditur a paternis rationibus separatum, eo deducto tamen, quod ipsi parenti debetur l.* 5. §. 3. *ff. de pecul.* Ibidem illud ita dictum jurisconsultus existimat, quasi *pusillum patrimonium*. Ea ta-

men originatio Stoicam sapit allusionem. Nam ex Grammaticæ regulis peculium potius ita dictum videtur, quasi *pusillum pecudum*. A vero enim haud abludit, parentes olim ad liberorum industriam excitandam cuique filio pusillam gregis partem separatim curandam dare solitos. Ita enim inter juvenilem æmulationem, & studium promerendæ paternæ laudis parentum commodis filii diligentius inservituri erant. Unde unde autem sit origo vocabulo, peculium filiorum olim unius generis erat, nec a servili diversum *princ. instit. quib. non est permiss. facer. testam.* Enimvero, delato ad Principes rerum arbitrio, ut in aliis plerisque capitibus patria potestas imminuta fuit, ita & jus acquirendi per liberos tantum non omnino parentibus fuit ademptum. Paulatim autem eo deventum, ut quadruplex peculii genus distingueretur. Aliud *castrense*, aliud *quasi castrense*, aliud *adventitium*, aliud *profectitium* dici solet. Ex iis jure novissimo solum profectitium in arbitrio parentum est; reliqua pertinent ad filiosfamilias. Juvabit igitur singulorum peculiorum incunabula aperire, & eorum jus enarrare.

IV. Inter diversa peculiorum genera, quæ in filiorum dominio sunt, castrense est vetustissimum. Ejus enim initia ab ipso fortasse dictatore Cæsare sunt repetenda. Sub ejus ætate scilicet segnius pro Republica depugnabant adolescentes. Exinde enim frequentiora ad internecionem civium, quam ad proferendos imperii fines fuere bella. Proinde ut signa tirones lubentius sequerentur, peculium castrense Julius Cæsar excogitavit. Quocumque sub Principe hoc peculium fuerit inventum, exploratum est illud, a Neronis ævo id certi juris fuis-

se.

ſe. Ea enim de re aperte teſtatur Juvenalis æqualis Neroni ſcriptor *ſat. ult. verſ.*51. Id autem peculii genus adeo proprium filiorum eſt, ut in eo patrisfamilias jure cenſeantur. De eo igitur non ſolum contractibus inter vivos, ſed & teſtamento libere ſtatuere poſſunt §. 6. *de teſtam. milit.* Ejuſmodi porro erat, quicquid ob militiam filiofamilias donatum eſſet, & quod in militia is quæſiviſſet, modo ipſius militiæ occaſione quæſitum eſſet. Nam quod etiam ſine militia filiusfamilias acquiſiturus fuiſſet, caſtrenſe peculium non cenſebatur *l.* 11. *de caſtr. pecul.*

. V. Sat antiqui etiam inſtituti eſt peculium quaſi caſtrenſe, ejuſque mentio in ipſis pandectis haud infrequens. Id autem peculii genus fuit inventum, ut ad liberales artes acrius inflammarentur adoleſcentes. Eo vero peculio continetur, quicquid togata militia filiifamilias nacti fuerint ſeu patrocinio cauſarum, ſeu ſcientiarum profeſſione, ſeu publicorum munerum emolumentis. Et jure quidem Antejuſtinianeo inter caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe peculium latiſſimum diſcrimen erat. Nam ante Juſtinianum filiifamilias de caſtrenſi peculio pro arbitrio ſtatuere poterant ſeu contractibus, ſeu teſtamento quoque. Verum quod ad peculium quaſi caſtrenſe, ejus plena proprietas, ac libera quidem adminiſtratio tantum inter vivos ad filiosfamilias pertinebat; de eo teſtari non poterant, niſi in eminentiori dignitatis gradu conſtituti forent §. 6. *inſtit. de milit. teſtam.* Enimvero liberalior more ſuo Juſtinianus filiisfamilias de peculio quoque quaſi caſtrenſi liberam teſtamenti factionem conceſſit *l.* 37. *C. de inoffic. teſt.* Ab eodem Juſtiniano cautum, ut filii teſtamentum de peculio

quaſi

quaſi caſtrenſi ſcriptum inoffícioſi querela oppugnari non poſſet. Id ipſum tamen intellige, ſi per emancipationem patria poteſtas reſoluta non fuerit. Ubi enim emancipatus eſt filius, ejus peculium ſtatim evadit patrimonium; cum reliquo vero patrimonio peculio quoque quaſi caſtrenſi confuſo, ejus teſtamentum inofficioſi querelæ ſuberit *d. l.* 37. §. 1. *&* 2. *C. eod.* Sed & in foro hodie teſtamentum filii de peculio quaſi caſtrenſi querelæ ſubeſſe creditur ſeu ob *novell.* 115. *c.* 4. ſeu potius ob gloſſæ auctoritatem ad *d. l.* 37. *C. de inoffic. teſtam.*

VI. Atque hæc una peculia veteres quidem Imperatores filiisfamilias conceſſerunt. Si quid præter caſtrenſe, aut quaſi caſtrenſe peculium filiis acquiſitum eſſet, id ſine diſcrimine parentibus acquirebatur. Enimvero ſub Chriſtianis Principibus tertium peculii genus paulatim evaluit: id *adventitium* doctores appellitant, ejuſque ſaltem proprietatem ad filios pertinere placuit. Primo ſcilicet iniquum Conſtantino viſum, patri acquiri bona liberorum materna; iniquius adhuc in ejuſmodi bonis ipſos extraneos a patre filiis præferri poſſe. Ne quid igitur tale contingeret, is bonorum maternorum proprietatem ad filios pertinere juſſit; eorum tantum uſumfructum patri reliquit *l.* 1. *C. Theodoſ. de bon. matern.* Atque id unum peculii adventitii genus ab initio fuit inventum. Ulterius tamen proceſſerunt juniores Principes. Primo enim Gratianus, Valentinianus, ac Theodoſius, quod de bonis maternis cautum a Conſtantino fuit, ad bona generatim omnia materni generis extenderunt *l.* 7. *C. Theodoſ. eod.* Mox eodem quoque privilegio cenſeri placuit, quæ ſeu a conjugibus, ſeu

ſponſis

sponsis donata forent conjugibus, aut sponsis in potestate positis *l.* 1. & 5. *C. de bon. quæ liber.* Sed ea in re Justinianus omnem egressus est modum. Is enim bonorum generatim omnium, quæ a patre in filiosfamilias profecta non forent, tantum usumfructum parentibus deferri jussit, ipsis liberis proprietatem addixit *l.6. C. eod.* Illud etiam de peculio adventitio contra jus vetus constitutum a Justiniano fuit, ut, emancipato filio, dimidium usufructus adventitiorum omnium pertineret ad patrem. Olim enim filium pater emancipans ipsam proprietatem tertiæ partis adventitiorum retinere poterat *l.6.* §. 3. *C. de bon. quæ liber.*

VII. At vero jure novissimo duplex peculium adventitium distingui debet: alterum *ordinarium*, seu *minus plenum*; alterum *extraordinarium*, seu *plenum* a doctoribus appellari solet. Peculium adventitium ordinarium est, cujus ex regulis juris ordinarii proprietas pertinet ad liberos, usufructus pertinet ad parentes. Peculium adventitium extraordinarium dicitur, cujus & proprietas, & ususfructus est penes liberos. Jure autem Romano novissimo complusculis quidem in casibus peculii adventitii proprietas una cum usufructu liberis deferri jubetur. Primo enim eo jure censeri placuit res filiisfamilias a Principe, vel ab Augusta donatas *l.7. C. de bon. quæ liber.* & hereditates renuente patre a liberis aditas *l.* 8. *princ. C. eod.* Deinde eodem quoque jure censentur res filiofamilias relictæ, aut donatæ ea sub lege, ne ususfructus ad patrem pertineat *novell.* 117. *c.* 1. hereditates etiam, ad quas una cum parentibus filiifamilias admittuntur *novell.* 118. *c.* 2. Ipsorum denique parentum bona, quæ liberis deferri jussit Justinianus,

si pa-

si parentes diverterent ex causis in jure non definitis *novell.* 134. *c.* 11.

VIII. Ex dictis hactenus aperte liquet, hodie in solum peculium profectitium jus vetus parenti competere. In peculio autem profectitio continetur, quicquid aut ab ipso patre, aut ab aliis patris intuitu in filiosfamilias collatum fuerit §. 1. *instit. h. t.* Ejus igitur patre vivo sola administratio ad liberos pertinet; id ipsum, parente mortuo, ut reliquæ res hereditariæ, ceteris fratribus in potestate retentis conferendum erit *l.* 12. *C. de collat.* & *l.* 6. *C. de bon. quæ liber.* Ex peculio tamen profectitio illud emolumentum manat in filium, quod, nisi diserte ademptum in emancipatione fuerit, emancipatum tacite sequitur *l.* 31. §. 2. *ff. de donat.* Patris etiam publicatis bonis, filio separari debet, nec fisco defertur *l.* 3. §. 4. *ff. de minor.*

TITULUS X.

De testamentis ordinandis.

AD singulares acquirendi modos legata quoque, & singularia fideicommissa pertinent. Proinde ut materia de singularibus acquirendi modis absolveretur, ratio ordinis postulare videbatur, ut de legatis, & fideicommissis singularibus sermonem hic instituerет Tribonianus. Cum tamen legata, & fideicommissa ex hereditate præstari soleant; hereditas autem universalis sit acquirendi modus; ad universales acquirendi modos orationem convertit

Tri-

Tribonianus *in* §. 7. *per quas person. cuiqu. acquir.* Hereditatis enim argumento præmisso, legatorum, ac fideicommissorum ambages facilius intelligi posse videbantur. Universales acquirendi modi complures sunt. Inter eos frequentioris est usus hereditas. Hereditas autem deferri vel testamento, vel ab intestato potest. Testatoris in testamento voluntas legibus derogat de intestatorum hereditate latis: heres igitur testamentarius legitimo præferri debet. Hinc in eo per universitatem acquirendi modo enucleando Tribonianus primum exponit hereditatem testamento deferri solitam. Ut autem testamentariæ hereditatis argumentum adolescentes facilius intelligerent, primum omnium de testamentis ordinandis sermonem instituit. Ordinari scilicet testamenta dicuntur, si in iis solemnia adhibeantur in jure præscripta *l.* 2. *C. de codicill.* Ex testamentis autem non rite ordinatis hereditas vindicari nequit. Antequam tamen testamentarias leges exhibeamus, opportunum fuerit inquirere, utrum ex Gentium, an civili jure testamenta, ac successiones testamentariæ promanarint.

II. Veteres interpretes fere omnes passim asserunt, testamentum, & ex eo successionem ex jure Gentium promanasse. Verum ex jure Gentium sine possessione dominium retineri non potest, &, amissa possessione, dominium statim extinguitur. Vide *libr.* 1. *tit.* 1. §. 3. *& sequ.* Inspecto igitur jure Gentium, & possessio in persona defuncti cum fato mortalitatis extinguitur, & defunctus rerum suarum dominium porro non retinet. Per testamentum diu post testatoris obitum in heredem rerum hereditariarum dominium transmittitur. Facile igitur inde liquet, neque testamen-

tum,

tum, neque successionem testamentariam ex jure Gentium recte repeti. Quapropter rectius fortasse constituemus, testamentum, & ex eo successionem ex jure civili deducenda esse. Sane si jus aliquod ex jure Gentium per testamentum in heredem transire posset, id in ipsum transferri oporteret aut vivo testatore, aut eo jam mortuo. Illud absurdum est fingi, cum se vivo testator jus aliquod in heredem transferri nolit. Hoc jus Gentium fieri vetat: testator enim extrema necessitate defunctus jus in alios transferre nequit, quod ipsemet per mortem amiserit. Vide tota de re Bynkershoek. *observat.* 2. 2.

III. Hæc serio Grotius fortasse reputans non alia ratione censuit, testamentum cum jure Gentium conciliari posse, quam ei vocabulo tribuendo significationem prorsus absurdam, & a communi diversam *de jur. bell. & pac.* 2. 6. 14. Ibi enim testamenti vocabulo intellexit alienationem in mortis eventum, retenta per testatorem interim suarum rerum possessione, ac plenissimo fruendi jure. Leibnitius etiam non aliter credidit, testamentum ex jure Gentium sustineri posse, quam per animorum immortalitatem testatores rerum suarum dominos fingendo post mortem; heredes vero tamquam testatoris procuratores in rem suam. Ipsi jurisconsulti veteres testamentum juri Gentium contrarium censuerunt, idque ex jure civili unice repetendum existimarunt. Ut autem, salvo jure Gentium hereditas ab heredibus videretur acquiri, complures ea in re fictiones excogitarunt. Nam & momentum testamenti conditi cum momento mortis conjungi oportere docuerunt, & momentum aditionis cum momento mortis. Eas ve-

ro fictiones invenerunt jurisconsulti, ut commode fingi posset, eodem momento mortis testatorem heredi sua bona tradere, neque contra jus Gentium ea per aditionem tandem acquiri. Sed, his omissis, videamus, quæ vetustissima apud Romanos testamenta fuerint, & quibus solemnibus jure novissimo eadem ordinari debeant.

IV. Vetustissimis rei Romanæ temporibus duo testamentorum genera obtinuerunt, alterum in pace, alterum a militibus prodituris ad prælium fieri solitum §. 1. *instit. h. t.* Quod ad testamentum, quod in pace fiebat, id in calatis populi comitiis fieri oportebat, tamquam si jubenda lex foret. Hinc & solemnia rogationis verba adhibebantur in legibus ferendis adhiberi solita: *velitis, jubeatis, Quirites, ut L. Valerius L. Titio tam jure, legeque heres sibi siet, quam si ejus filius esset.* Comitiorum solemnitas eo pertinebat, ne, si extra familiam avita sua prædia testator legare vellet, id contra jus publicum, & legem Romuli fieri videretur. Scilicet ex lege Romuli prædia penes familias suas perpetuo esse jubebantur. Sane scribit Varro, bina jugera viritim divisisse Romulum, eaque ad proximiores heredes necessario deferri jussisse *de re rustic. libr.* 1. Cum igitur jus publicum privatorum arbitrio mutari non posset, inutile futurum erat, si quid secus de prædiis statuisset domestico suo testamento testator. Proinde, ut testatores de rebus suis pro lubitu statuere possent, per populi comitia testamentum firmari placuit. Nam, per populum testamento firmato, nova veluti lege, quæ veteri derogaret, familiæ proximis prædia adimi videbantur. Ita heredi in populi comitiis nuncupato potius ipsius populi jussu,

su, quam testatoris arbitrio deferri fingebatur hereditas. Haud absimiles fuerunt jurisconsultorum artes ad sustinenda testamenta militum, quæ in procinctu fieri dicebantur. Nimirum ejusmodi testamenta in cinctu Gabino fiebant. Eo sumpto milites statim prodibant ad prælium, & pro incolumitate Reipublicæ devoti Diis manibus censebantur. Proinde docuerunt jurisconsulti, ratam haberi oportere extremam voluntatem eorum, qui pro publico arcendo periculo se devovissent Liv. 10. 28.

V. Jam vero uterque testandi ritus non diu apud Romanos obtinuit. Nam testamenta quidem in procinctu ante Ciceronis ævum exoleverunt, ut ipse testatur *de natur. Deor.* 2. 3. Citius etiam exoleverunt testamenta in comitiis fieri solita. Scilicet per leges duodecim tabularum libera testamenti factio patrifamilias concessa fuerat. Quis igitur sani capitis voluntatem suam a populi suffragiis pendere voluisset, cum privatim domi pro lubitu testari posset? Per leges autem duodecim tabularum aliud testamenti genus est introductum, idque ob solemnia mancipationis adhibita testamentum *per æs, & libram* est appellatum. In eo, scriptis a testatore tabulis, præsentes aderant hereditatis emptor, antestatus, libripens, testes denique rogati quinque: iis præsentibus, emptori heredem repræsentanti mancipari, seu vendi fingebatur hereditas. His rite peractis, a testatore veluti voluntatem confirmante suam, ita nuncupatio testamenti fiebat: *hæc uti in his tabulis, cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos Quirites testimonium præbitote*. Hæc omnia constant ex Ulpiani fragmentis *tit.* 20.

VI.

VI. Porro hoc quoque teſtamenti genus a juriſconſultis fuiſſe videtur inventum, ut patresfamilias jus publicum impune ludificari poſſent. Nimirum libera quidem teſtandi facultas per duodecim tabulas conceſſa fuerat; ea facultate tamen ita teſtator videbatur uti oportere, ne contra vetuſtiſſimam Romuli legem prædia extra familiam teſtamento ſuo transferret. Ut igitur pro lubitu de rebus ſuis teſtator ſtatuere poſſet, fabulam ita inſtruxerunt juriſconſulti, ut hereditatis emptori non legari quidem, ſed vendi videretur hereditas. Ea de cauſa in hoc teſtamento mancipatio locum invenit. Cetera ejuſdem teſtamenti ſolemnia eo collineabant, ut non privata, ſed publica auctoritate viderentur in heredem bona transferri. Nam quinque teſtes quinque potiores populi claſſes deſignabant; nuncupatio vero teſtamenti veterem populi rogationem ſignificabat. Conf. Bynkersh. *obſervat. libr.* 2. *c.* 2. Fatum autem teſtamenti per æs, & libram fuit ſat diuturnum. Sane id in uſu ætate ſua fuiſſe teſtatur Ulpianus *fragm. tit.* 20. §. 2. Hinc recte fortaſſe Gothofredus edixit, ſub Theodoſio Juniore tandem ejuſmodi teſtamentum exoleviſſe ad *l.* 1. *C. Theod. de teſtam. & codicill.*

VII. At vero ob tot in teſtamento per æs, & libram ſolemnitates ſuprema civium judicia facillime periclitari poterant. Proinde ex Prætoris edicto aliud teſtamenti genus evaluit. Naturalem enim ſimplicitatem ſequutus edicto Prætor non hereditatem quidem, ſed bonorum poſſeſſionem ſe daturum promiſit ex teſtamento, quod ſeptem teſtium ſignis obſignatum eſſet Ulpian. *fragm. tit.* 23. §. 6. & §. 2. *h. t.* Inventum autem a

Prætore testamentum vetustissimum Romæ fuit, & ante Ciceronis ævum usurpabatur 1. *in Verr.* 45. Id ipsum simplicitate sua celeberrimo in usu erat. Cum tamen destitueretur auctoritate legum, sæpiuscule inutile evadebat, si jure civili alius in hereditate præferri juberetur Ulpian. *d. tit.* 23. §. 6. Cum igitur testamentum per æs, & libram scrupulosis subtilitatibus prægravaretur; Prætorium vero non semper jus certum in heredem transmitteret; posterior ætas aliud testamenti genus excogitavit. Ex Theodosii autem junioris ævo ex testamentis scripto paragi solitis hoc unice testamentum adhiberi placuit *l.*21. *C. de testam.* Id ipsum in Regno frequentissimi est usus hodie. Juvabit igitur ejus originem, & solemnia hic exhibere.

VIII. Testamentum, de quo acturi sumus, ipsis moribus ab initiis suis receptum videtur: ab ipsius autem Constantini ætate ejus frequentissimus usus erat, ut constat ex *l.* 1. *C. Theod. de testament. & codicill.* Primus Theodosius junior, abrogato testamento per æs, & libram, eo tantum modo testari jussit, qui per scripturam testari vellent *l.* 21. *C. de testam.* Porro ex ea Theodosii constitutione ut ratum sit ejusmodi testamentum, eo jam scripto, coram septem testibus speciatim rogatis judicii sui contestationem debet testator uno contextu peragere; ab ipsis autem testibus testamenti tabulæ subscribendæ sunt, & signandæ: ipse quoque testator, ejusve nomine testis octavus subscribere testamento debet. Ea subscriptio tantum in testamento ὁλογράφῳ, quod scilicet ab ipso testatore scribitur, omitti potest ex Justiniani constitutione *in l.*1. §. 1. *C. eod.* Hoc testamentum, quatenus scripturam desiderat, *scriptum* dici solet; quate-

nus

nus ignoratur heres in eo scriptus, *mysticum* appellatur. Vocatur & *mixtum*, quia quædam ex jure civili veteri, quædam ex edicto Prætoris, ex Principum denique constitutionibus quædam agnoscit. Conf. doctores ad §. 3. *h. t.* Nunc de testamento sine scriptura fieri solito pauca subnectamus.

IX. Aliud apud nos hodie obtinet testamenti genus, quo coram septem testibus speciatim rogatis voce, & propalam nuncupatur heres. Id si factum fuerit, *perfectissimum* testamentum appellat Tribonianus §. 14. *h. t.* Hoc testamentum, quod passim ob nudam heredis nuncupationem *nuncupativum* appellant, ipsis moribus apud Romanos invaluit, & vetustissimum Romæ fuit. Ut enim omittam alia, auctor vitæ Horatii scribit, eum decedentem heredem Augustum palam nuncupasse. Mores ita receptos lege firmarunt Theodosius, & Valentinianus *in l.* 21. §. 2. *C. de testam.* Hoc testamentum frequentissimi est usus in Regno hodie, & *apertum* dictitari solet, quia in eo heres propalam nuncupatur. Ejusmodi autem testamentum, ne qua controversia ei fiat, notariorum opera in scripturam plerumque redigitur: id tamen si factum fuerit, nuncupativum esse non desinit. In eo palam & voce heredem nuncupandum edicit Ulpianus *in l.* 21. *princ. qui testam. facer. poss.* Passim tamen recepti mores per relationem etiam ad certam schedulam heredem demonstrari sinunt. Id ita invaluit argumento fortasse desumpto ex *l.* 77. *ff. de hered. instit.* Hinc testamentum ita conditum *relativum* doctores appellant. Vid. Schilter *exercit.* 38. §. 43.

X. At vero apud Romanos olim exequutioni

teftamenta ftatim demandabantur, fi folemnia in jure præfcripta in eis forent adhibita. Proinde fi teftamentum nullo manifefto vitio laboraret, ubi competenti judici oblatum id foret, rerum hereditariarum poffeffio heredi decernebatur. Si quis contradictor exifteret, poft poffeffionem heredi traditam caufa contradictionis difceptabatur *l.* 3. *C. de edict. Div. Hadrian. toll.* Verum in Regno Neapolitano teftamentum privatim a teftatore confcriptum promptam exequutionem haud habet, licet in eo folemnia Romani juris fuerint adhibita. Teftamentum ita fcriptum exequutioni tandem mandabitur, ubi prævio termino, quem *fummarium* vocant, de ejus veritate conftiterit Marad. ad *fingul.* 175. *n.* 4. Ut vero paratam exequutionem apud nos habeant teftamenta, codicilli, & fcripturæ generatim omnes, Regiorum tabellionum auctoritate firmari debent *pragmat.* 2. *de contract.* Quo autem modo, atque intra quantum temporis a teftatoris obitu aperiendæ fint teftamenti tabulæ, latius edifferui *in jur. Regn. libr.* 2. *tit.* 8. §. 2. *& fequ.* His igitur omiffis, de teftium qualitate in re teftamentaria videamus.

XI. Primum omnium adhibentur in teftamento teftes non nudæ probationis gratia, fed ut teftamentum fuas folemnitates habeat. Aliis enim in rebus ad nudam probationem teftes vel duo fufficiunt *l.* 12. *ff. de teftib.* Neque vero generatim omnes adeffe poffunt teftamento teftes. Juftum in teftamento teftimonium dumtaxat eorum effe fcribit Tribonianus, *cum quibus teftamenti factio eft* §. 6. *h. t.* Verum verba ifthæc rem per fe incertam incertiorem faciunt. Neque enim Tribonianus exponit, qui tandem fint illi, quibufcum eft te-

testamenti factio. Ea in re verisimilior videri debet Ottonis sententia existimantis, testamenti factionem in prcducto Triboniani loco dici esse cum illis, qui comitiis olim interesse poterant ad *instit. h. t.* Si verum id fuerit, facile rationem reddes, cur mulier, impubes, furiosus, mutus, surdus, prodigus, atque intestabiles generatim omnes adesse testes in testamento nequeant. Hi enim omnes comitiis interesse non potuerunt, quamdiu in populi comitiis facta sunt testamenta. At vero testium conditio testamenti tempore unice spectari debet. Proinde si mortis, aut aditionis tempore deterior ea fiat, id quidem heredi non oberit *l.* 22. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Quin occultum in teste vitium testamenti tempore testamentis obesse vetuere Principes, modo testis publice legitimus crederetur, cum ab eo testimonium diceba- tur §. 7. *h. t.* Id ita placuit, ne testamenta sæpius infirmarentur, si detectum mox in teste vitium esi obesse posset. Hinc fortasse argumento petito respondit Ulpianus, infirmari non oportere, quæ servus fugitivus decreverit Præturam per fraudem adeptus, cum liber publice crederetur *l.* 3. *ff. de offic. Prætor.*

XII. Quod ad heredis testimonium, eorumve, qui ei potestatis vinculo conjuncti forent, pro testamentorum diversitate diversum jus fuerat olim. Quod ad testamentum Prætorium, in eo quidem heredes, aliosve eis potestate conjunctos testes adhiberi noluit edicto Prætor, ne domesticum testimonium cuiquam prodesset *l.* 20. *princip. ff. qui testam. facer. poss.* Secus erat in testamento civili per æs, & libram ordinari solito. In eo scilicet negotium testamentarium non cum herede ipso,

sed cum emptore familiæ geri fingebatur. Emptor familiæ, ut supra monuimus, heredem quidem designabat, heres tamen ipse non erat. Hinc familiæ emptor, eique potestate conjuncti testes advocari non poterant; contra neque heres, neque ei potestate conjuncti testes esse prohibebantur. In eo enim testamento plerumque ignorabatur heres. Conf. Bynkersh. *observat.*8. 24. Proinde si nosset quispiam, sibi destinari hereditatem, is a dicendo testimonio se excusabat. Id ipsum tamen nudum consilium jurisconsultorum fuit, neque necessitatem habebat §. 10. *h. t.* At vero, ut supra vidimus, ab ipsa Theodosii junioris ætate testamentum per æs, & libram usurpari desiit. Exinde igitur heredes in testamento testes adhiberi sunt vetiti. Proinde falsus est Justinianus *in d.* §. 10. *h. t.* ubi prædicat, se primum heredis in testamento testimonium omnino prohibuisse. Ceterum heredis quidem testimonium necessario vetari oportebat, quia & universi juris successor erat, & diversus a testatore non censebatur. Enimvero cum legatarius, eive potestate conjuncti universi juris successores videri nequeant, ii testes adhiberi non prohibentur *d. l.* 20. *princ. ff. qui testam. facer. poss.*

XIII. Pro instituto hactenus testamentorum solemnia exequuti sumus. Nunc opportunum fuerit advertere, testamenta quædam non rite facta pro justis haberi placuisse. Primo enim si quis extremam voluntatem suam supplici libello descripserit, eoque Principi oblato roget, ut in sacra scrinia recipiatur, ubi factum id fuerit, ea contestatio voluntatis justi testamenti jure censebitur *l.* 19. *C. de testam.* Idem juris erit, si quis supremam voluntatem suam judici Civitatis, aut municipio offe-

offerat, & in acta publica referri curet. Nam ea quidem scriptura licet testamenti solemnibus destituta, ut cetera monumenta publica, perpetuam firmitatem habet *d. l.* 19. *C. eod.* Rusticorum etiam testamentum procul a Civitatibus factum ratum haberi jussit Justinianus, licet imperfectum esset *l.* 31. *C. eod.* Ibi enim ab Imperatore cautum, ut si quo in loco septem testes inveniri non possent, exequutioni mandaretur rustici testamentum, si in eo quinque saltem testes forent adhibiti. Favore cognationis quoque posterius testamentum, in quo legitimi scripti fuerint heredes, priori licet perfecto derogat, modo de posteriori testamento deponant testes jurati quinque *l.* 21. §. 3. *C. eod.* Denique ob liberorum favorem in testamento parentis, in quo ipsi liberi instituti fuerint, nulla solemnitate est opus. Id tantum in eo requiritur, ut de parentis voluntate constet seu scriptura, si scriptum sit testamentum, seu per testes duos, si heredes voce sint nuncupati. At vero id privilegium liberis tantum prodesse potest. Quapropter si liberis admixti fuerint heredes extranei, eorum partes liberis jubentur accrescere *d. l.* 21. §. 1. Si hinc discedas, nullius effectus sunt testamenta reliqua, in quibus neglectæ fuerint solemnitates in jure præscriptæ. Cum igitur adeo momentosa sint testamenti solemnia, falsitatis pœnam tabelliones subeunt, si ipsorum negligentia ea fuerint omissa *l.* 29. *C. eod.*

TITULUS XI.

De testamento militari.

QUæ de testamentis ordinandis exposuimus superiori titulo, ad paganorum tantum testamenta pertinent. Nam si miles jure militari testetur, sine testamenti vitio scrupulosas legum solemnitates negligere impune potest. Martiæ scilicet Civitatis intererat, cum militibus indulgentius agere, quos hostis, & sonitus armorum ingruens legum voces audire non fineret. Eam ob rem quidem testamentum in procinctu olim fuerat inventum. Ejusmodi tamen testamentum ante Ciceronis ætatem jam exoleverat. Proinde serio consultum oportuit, ne militiam Romani defugerent, si ob omissa in testamento solemnia supremum eorum arbitrium calumniam pati posset. Sub ipsius quidem principatus initia Julius Cæsar liberiorem testamenti factionem militibus concessit; eam tamen concessionem temporalem fuisse narrat Ulpianus *in l.* 1. *princ. ff. de testam. milit.* Vetustiores etiam Principes militum in re testamentaria privilegium numquam perpetuum jusserunt esse. Primus Nerva, ejusque successor Trajanus privilegium militum, quod ad testamentorum solemnia, perpetuum esse jussit. Exinde igitur magistratibus in Provincias proficisci solitis mandari cœpit, ne in testando milites testamentorum solemnibus subjicerent; iidem testamenta facerent, quomodo possent, aut vellent *d. l.* 1. *princ. ff. de testam.* *mi-*

milit. Ita ex regulis Romani juris ut ratum sit militis testamentum, non aliud in eo requiritur, quam ut de militis voluntate constet *princ. instit. h. t.* Proinde si voce miles nuncuparit heredem, vel duo testes probationem voluntatis conficient: sin ab ipso milite scriptum sit testamentum, sine testibus ullis firmitatem habebit. Quin imo in testamento scribendo militi licebit uti pro atramento sanguine, ense pro stilo, clypeo, arena pro tabulis *l.* 15. *C. de testam. milit.*

II. Porro perperam Tribonianus militum privilegium in testando ab eorum imperitia repetit *princ. instit. h. t.* Sat enim constat, selectissimos cives olim militiam sequi solitos. Rectius igitur cum Ulpiano statueris, id militum privilegium suasisse ipsa belli pericula, quæ juris cogitationem plerumque adimunt *l. un. ff. de bonor. possess. ex testam. milit.* Ceterum ante Justinianum olim militibus jure militari testari licebat, ubicumque in æstivis, hybernisve agerent: igitur expeditionis angustiæ expectandæ non erant, ut fieret privilegio locus. Hinc Ulpianus ex sola persona militis militare testamentum æstimari jubet *fragm. tit.* 23. §. 10. Verum Justinianus militum privilegium tantum intra tempus expeditionis coercuit: si alibi testarentur milites, eorum testamenta secundum paganorum solemnia ordinari jussit *l.*17. *C. de testam. milit.* Est autem expeditio neque ipsa pugna, neque intermedium belli tempus, sed spatium illud, quo milites procedunt in armis, seu invadant, seu expectent hostem.

III. Porro militum favori concedi placuit, ut in testamento suo aliis quoque privilegiis uti possent. Ita sane contra juris regulas cum pluribus

testamentis miles obire potest *l.19. ff. de testam. milit.* Si testamento etiam miles aliquem scribat heredem, mox eodem testamento eumdem jubeat exheredem esse, ei adimetur hereditas. Nam in pagani testamento sola heredis exheredatione in eodem testamento facta hereditas non potest adimi *l.* 17. §. 2. *ff. eod.* Præterea partim testato, partim intestato militi obire licet, ejusve testamentum inofficiosi querela rescindi nequit *l. 19. princip. ff. eod. &* *l.* 27. §. 2. *ff. de inoffic. testam.* Militum denique favori concessum, ut eis mutis simul, & surdis testamenti sit factio, si post amissum linguæ, & aurium usum signis evidentissimis voluntatem suam coram commilitonibus queant ostendere §. 2. *instit. h. t.* Novo quidem Justiniani jure paganis etiam surdis, & mutis testari licet, modo scripto, vel lingua possint id facere *l.* 10. *C. qui testam. facer. poss.* Eo vitio tamen affecti pagani frustra testantur, si aut literas non didicerint, aut verbis heredem nuncupare nequeant. Ita militibus surdis, & mutis privilegium militare competit post ipsam *l.* 10. *C. eod.* At vero militari olim privilegio militibus uti licebat, quamdiu in numeris essent. Nam quocumque missionis genere militia dimissi forent, privilegium amittebant §. 3. *instit. h. t.* Neque tamen statim post missionem testamenta militum militari jure valere desinunt. Veteranis enim post honestam, vel caussariam missionem intra annum fato cedentibus, eorum testamentum ante missionem factum adhuc militari jure censebitur *d.* §. 3. *h.t. & l.* 21. *ff. eod.* Sed in his diutius immorari nolim vix ullius apud nostrates usus rara felicitate pacatiorum temporum.

TI-

TITULUS XII.

Quibus non est permissum facere testamentum.

Alibi ostendisse videor, testamenti factionem jus Gentium ignorare, eamque ex jure Civitatis repeti oportere. Vide *libr.* 2. *tit.* 10. §. 2. *& sequ.* Quatenus igitur cuique testari liceat, dimetiendum est ex legislatoris arbitrio. Athenis quidem vetustissima Draconis lege civibus adempta fuit testamenti factio. Ita per id temporis apud Athenienses heredes erant sui cuique liberi, aut agnati. Solon primus testamenti factionem indulsit Atheniensibus. Is tamen eam facultatem limitibus angustissimis coerceri jussit. Primo enim, ne quid inclementius statueretur in filiòs, parentes cum liberis decedentes testari vetuit Demosth. *orat.* 2. *in Stephan.* Deinde ipsis orbis testamenti factionem ademit, si morbo, seniove languescerent. Periculum enim erat, ne ita affecti homines valetudinis, aut ætatis vitio de agnatis maligne statuerent. Rem docet Isæus *orat.* 5. Denique viros etiam uxoriis blandimentis illectos testari noluit, ne mulierum illecebris ultimum testatoris judicium corrumperetur. Vide Plutarchum *in Solon.* Enimvero Romani veteres liberrimum jusserunt esse testatorum arbitrium. Sane in duodecim tabulis ita cavere Decemviri; *paterfamilias uti legassit super pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto.* At vero licet latissima testandi facultas apud Romanos esset, non cujusvis tamen testamentum admittebatur.

tur. Alii enim defectu status, alii animi, alii corporis vitio testari non poterant. De omnibus pro instituto videndum.

II. Quod ad primum igitur, defectu status olim testari non poterant peregrini, servi, filiifamilias *princ. h. t.* Quod enim ad peregrinos, ii juris Quiritium expertes erant. Cum igitur testamenti factio manaret ex jure Quiritium, frustra testabantur, quicumque cives haud essent. Peregrinis tamen concessum, ut secundum leges Civitatis suae testari possent Ulpian. *fragm.* 20. 14. Quod ad servos, filiosve familias, ipsa ratio Romani juris a testamenti factione eos arcebat. Nimirum in duodecim tabulis solis patribusfamilias testamenti factio concessa fuerat. Ne igitur juri publico privatorum pactis offici videretur, ne cum dominorum quidem, aut parentum consensu servi, filiive familias testamenti factionem usurpare poterant *l.* 3. *ff. qui testam. facer. poss.* Aliunde olim filiorum peculia ad patrem promiscue pertinebant. Proinde pecunia quoque carebant, de qua testari possent. Cum tamen donatio mortis causa contractus potius rationem habeat, patre consentiente, filiusfamilias mortis causa donare non prohibetur *l.* 9. §. 2. *ff. de donat.*

III. Ita quidem de filiisfamilias sub libera Republica receptum jus fuerat olim. Enimvero ubi ad belli, pacisque studia promovenda discrimen peculiorum fuit invectum, servi quidem sub veteri jure manserunt: verum filiifamilias, si castrense peculium nacti forent, saltem a Neronis aevo testamenti factione coeperunt uti. Vide *libr.* 2. *tit.* 9. §. 5. Et ab initio quidem filiisfamilias de castrensi peculio testamenti factio concessa fuit, quam-

diu

diu sub numeris essent *l. 1. ff. de testam. milit.* Ultra tamen processit Hadrianus. Is enim filiosfamilias licet sacramento solutos de castrensi peculio testari permisit *princ. h. t.* In peculium quasi castrense eadem facultas filiisfamilias jure veteri non competebat. De eo enim ad Justinianum usque testari non poterant, nisi in eminentiori dignitatis gradu constituti forent §. *6. inst. de milit. testam.* Verum liberalior more suo Justinianus de peculio quoque quasi castrensi filiisfamilias testamenti factionem concessit *d.* §. *6. de milit. testam. & l. ult. C. de inoffic. testam.* Cum ibi tamen Imperator solum peculium quasi castrense memoret, jure novissimo filiusfamilias de ipso peculio adventitio, quod *irregulare* vocant, testari nequit. De ejusmodi quidem peculio pro lubitu Justinianus filiosfamilias statuere jussit *novell.* 117. *c.* 1. verbum tamen διοικεῖν, quo ibi utitur Imperator, ad actus tantum inter vivos referri debet, ut Græce periti norunt. Novum autem in jure non est, ut testamenti factione careant, qui de rebus suis actibus inter vivos pro lubitu statuere possunt. Conf. Vinn. ad *princ. h. t. n. 6.* Quid tamen in peculium adventitium maternum per consuetudines Neapolitanas filiofamilias in testamento liceat, exposui *in jur. Regn. libr.* 1. *tit.* 5. §. 8. Nunc videamus, quinam propter animi vitium testari nequeant.

IV. Propter animi vitium testari non possunt impuberes, dementes, ac bonis interdicti prodigi. Licet autem impubes ad pubertatem perveniat, ac demens, aut prodigus resipiscant, testamentum in ætate pupillari, dementia, aut prodigalitate conditum non convalescit. Id suasit regula Catonia-

na,

na, quæ vitiosa ab initio consistere aliquando vetat *l.* 1. *princ. ff. de regul. Caton.* & §. 1. *h. t.* Enimvero si quis ante prodigalitatem, aut dementiam testatus fuerit, licet in prodigalitate, dementiave decesserit, testamentum consistet adhuc. Nam neque testamentum recte factum, neque alia negotia recte gesta prodigalitas, aut dementia superveniens infirmare potest *d.* §. 1. *h. t.* Vetus enim juris Romani regula durare jubet, quæ semel utiliter sunt constituta, licet casus extiterit, unde incipere non poterant *l.* 85. *ff. de reg. jur.* Quid de testamento in dementiæ, aut furoris intervallo condito? Ea de re veteres non convenisse scribit Justinianus; se tandem post retro Principes id testamentum ratum haberi jussisse. *l.* 9. *C. qui testam. facer. poss.* & *d.* §. 1. *h. t.* Secus de prodigo statuunt passim interpretes. Ejus enim testamentum in prodigalitatis intervallo factum irritum esse docent ex regulis Romani juris; Leonem tandem in Oriente ratum haberi jussisse prodigi testamentum, si videretur in prodigalitatis intervallo factum *novell.* 39. Verum & falluntur interpretes, & sua constitutione Leo jus statuit perpetuo Romæ receptum. Nimirum prodigi testamentum irritum censuere veteres, quia prodigus a furioso parum abesset. Prodigus ad furiosum accedit; præ furioso tamen deterioris conditionis censeri non debet. Atqui ipsius furiosi testamentum ratum apud Romanos erat, si sapienter scriptum esset, & videretur in furoris intervallo factum, ut constat ex Valerio Maximo *libr.* 7. *c.* 8. Ea de re saltem hodie dubitari nequit ob *d. l.* 9. *C. qui testam. facer. poss.* Utcumque id apud Romanos fuerit, in Regno saltem ratum haberi solet prodigi testamentum,

tum, modo sapienter sit scriptum, & frugi hominis videatur de Ros. *in civil. decret. prax. c.* 3. *n.* 35. Nunc, quod superest, pauca de iis delibemus, qui vitio corporis testari non poterant.

V. Vitio corporis olim testari non poterant mutus, & surdus Paul. 4. *sent.* 1. 18. *l.* 9. §. 1. *ff. und. cogn.* & §. 3. *h. t.* Id autem ipsa ratio juris civilis necessario flagitabat. Nam siquidem vitium conjunctum esset, ita affecti homines ne per rerum quidem naturam testari poterant. Sin vitium discretum foret, muto quidem factio testamenti non erat, quia testes rogare non poterat; surdo vero, quia aurium vitio ei denegabatur audire testes sibi testimonium perhibentes. Ita licet vitium discretum esset, mutus, aut surdus tantum a Principe testamenti factionem impetrare poterat. In eo quidem privilegio concedendo Principes se difficiles non præbebant. Nam vicesimæ vectigal ex hereditatibus tantum testamento delatis fiscus sperare poterat. Muti tamen, qui literas non didicissent, ne per Principis quidem privilegium testari poterant: nam nec libello, nec voce ei poterant offerre preces. Ita de surdis, ac mutis jus fuerat olim ad Justinianum usque. Is primum natos quidem surdos, & mutos testari vetuit; talibus ob infortunium factis testamenti factionem indulsit, si literas scirent. Quod si vitium discretum esset, eos sine privilegio Principis testari jussit, si voce, vel scripto supremum arbitrium possent ostendere *l.* 10. *C. qui testam. facere poss.* Quid de cæco? Is cum testes rogare possit, eosque sibi testimonium perhibentes audire queat, inter ipsas veteris juris subtilitates testamenti factionem habebat Paul. *libr.* 3. *sentent.*

tit.

tit. 4. §. 4. Enimvero ne qua fraus in caeci testamentum obreperet, in ejus testamento Justinus formam quamdam accuratiorem praescripsit *l.* 8. *C. eod.* Caeci scilicet voluntatem per tabularium describi jussit; si deesset tabularii copia, per testem octavum. Voluntati ita descriptae praeter ordinarium testium numerum per ipsum tabularium, aut testem octavum subscribi voluit; palam etiam recitari, ac describi per dignitates, & reliqua indicia nomen heredum. Nam sola nominum commemoratio aliquid ambiguitatis afferre poterat. Sed de tota re vide Strykium *de cautel. testam. c.*14.

T I T U L U S XIII.

De exheredatione liberorum.

PRaeter externa testamenti solemnia, quae hactenus exequuti sumus, solemnia quoque quaedam interna sunt adhibenda, ut testamentum rite consistat. Eo primo pertinet heredis institutio, sine qua extremum testatoris judicium jure testamenti censeri nequit *l.*17. §.2. *ff. de testam. milit.* Eodem deinde pertinet liberorum exheredatio, si eos parens instituere nolit. Prior illa solemnitas ab omnibus testatoribus servari debet: haec tantum ab illis, qui mortis tempore liberos in potestate habent *princ. h. t.* Hanc postremam solemnitatem hoc loco potissimum Tribonianus enucleat. Quod autem ad liberorum exheredationem, in veteri Romanorum jure non imponebatur testatori necessitas instituendi, aut exheredandi in potestate libe-

liberos. Præteritionis igitur vitio teſtamentum infirmari non poterat, ſi in poteſtate liberi præteriti in eo forent. Res apprime liquet ex Cicerone *de orat.* 1. 38. Ibi ſcilicet apud Centumviros diſceptatum ſcribit, an ratum habendum eſſet patris teſtamentum, in quo ob falſum rumorem de morte filii eum parens præteriiſſet. Id igitur oſtendit, nullo olim cum teſtamenti vitio a parentibus præteriri potuiſſe liberos. Aliter facile fuiſſet filio ob præteritionis vitium teſtamentum infringere, neque paternæ voluntatis quæſtio apud Centumviros inſtituta eſſet. Enimvero ea parentum facultas iniquior poſteritati viſa. Ita favore liberorum invaluit, ut parentes in poteſtate liberos aut inſtituerent, aut nominatim exheredarent. Si ſecus fieret, eos per oblivionem præteritos videri placuit; præteritionis vero vitio inutile teſtamentum eſſe *l.* 30. *ff. de liber. & poſth. hered. inſtit.*

II. Neque vero præteritionis vitium reſpectu liberorum omnium teſtamentum infirmabat olim. Veteri jure ſcilicet, ut admonuimus, impune parentes præterire poterant in poteſtate liberos. Hinc ob ipſam veteris juris reverentiam ea in re juriſconſulti diſcrimen ſtatuerunt inter maſculos primi gradus, ac fœminas, ceteroſque liberos, qui gradus ulterioris eſſent. Maſculo primi gradus a parente præterito, teſtamentum omnino inutile cenſuerunt: filia vero, aut maſculis gradus ulterioris a parente præteritis, rato teſtamento manente, eis jus tantum accreſcendi ad certam portionem accommodarunt. Scriptis autem heredibus eos accreſcere voluerunt ſuis quidem in partem virilem, extraneis in dimidiam Ulpian. *fragm. tit.* 22. §.

17. *& princ. h. t.* Ejus discriminis causam inde desumpserunt jurisconsulti, quod masculi primi gradus arctiori veluti vinculo cum parente conjungerentur. Id ex eo constare videbatur, quod in emancipationibus peragendis filia quidem, ceterique liberi gradus ulterioris una mancipatione e potestate parentum exibant. Contra in masculis primi gradus emancipandis post tertiam tandem mancipationem jus patris perimebatur *l. 8. §. 1. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Indidem factum fortasse fuit, ut masculos primi gradus nominatim exheredari oporteret; filiæ vero, ceterique liberi formula etiam inter ceteros exheredari possent *d. princ. h. t.* Inter ceteros videbantur exheredati liberi, si ita cavisset testamento pater. *Titius filius meus heres esto: ceteri liberi exheredes sunto.* Vide doctores ad *d. princ. h. t.*

III. Quod ad postumos, ii olim a parentibus neque institui, neque exheredari poterant. Jure veteri scilicet frustra instituebantur, aut exheredabantur incertæ personæ Ulpian. *fragm.* 22. 4. Postumi autem incertæ personæ vel inde videri debebant, quod incertum erat, unus, an plures, mares, an fœminæ nascituri forent. Ita necessario fiebat, ut testamentum postumus agnascendo rumperet, ac suprema civium judicia subverterentur. Proinde æquitate quadam jurisconsultorum invaluit, ut postumi etiam, qui post mortem testatoris sui heredes nascituri essent, institui, aut exheredari a parente possent §. 1. *h. t.* In postumis autem exheredandis nullum gradus discrimen fecere veteres. Tantum interesse placuit fœminas inter, & masculos. Masculos nominatim exheredari oportebat: fœminæ vel nominatim, vel inter ceteros

teros exheredari poterant. Ut tamen inter ceteros utiliter exheredarentur, eis aliquid legandum erat, ne per oblivionem præteritæ viderentur Ulpian. *fragm.* 22. 21. & §. 1. *h. t.*

IV. At vero postumorum institutio, aut exheredatio contra juris antiqui regulas recepta videbatur. Ea igitur facultate ita utendum censuerunt jurisconsulti, ut ab antiquo jure quam minime recederetur. Ita facultatem instituendi, aut exheredandi postumos ad veros postumos coercuerunt, eos scilicet, qui sui nascituri forent intra decem menses a morte patris *l.* 3. §. 1. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Ea igitur recepta jurisprudentia, quasi postumi veluti agnascendo testamenta adhuc rumpebant. Proinde serius ocius in jure civili cautum, ut quasi postumi quoque institui, aut exheredari possent. Quasi postumorum genus non unum erat. Ejusmodi primo erant Aquiliani, nepotes scilicet, qui post mortem avi nati ex filio præmortuo suscepti forent. Ii Aquiliani sunt appellati, quia primus Aquilius jurisconsultus viam ostendit, qua institui, aut exheredari possent. Deinde quasi postumi videbantur etiam primi, & secundi Vellejani. Ii Vellejani sunt dicti, quia de ipsis etiam instituendis, aut exheredandis cautum fuerat lege Junia Velleja sub Claudio. Conf. Anton. Schulting. ad *Ulpian. fragm. tit.* 22. *n.* 53. Primi autem Vellejani ex primo legis Juniæ Vellejæ capite dicebantur, qui post testamentum a parente conditum vivo testatore tamen sui heredes agnascerentur. Secundi Vellejani ex secundo ejusdem legis capite appellabantur nepotes, qui ante testamentum avi non sui nati in locum defuncti patris mox successissent. Prætereo alia quasi

postumorum genera, de quibus late doctores ad *l.* 29. *ff. de liber. & postum. hered. instit. & ad* §. 2. *h. t.*

V. Quæ hactenus de liberis instituendis, aut exheredandis diximus, ad emancipatos non pertinebant. Jus enim civile emancipatos pro extraneis haberi jubebat. Nam per emancipationem liberi de familia sponte exeuntes ab ea prorsus se abdicabant. Verum enimvero naturalem potius æquitatem, quam juris civilis rigorem ea in re spectavit edicto Prætor. Nimirum post emancipationem filii adhuc filii esse pergunt. Proinde Prætor emancipatos utriusque sexus aut institui, aut exheredari jussit. Si secus factum a testatore foret, contra testamenti tabulas eis bonorum possessionem dabat §. 3. *h. t.* Prætoris igitur beneficio res eo redibat, quasi facta non foret emancipatio *l.* 6 §. 1. *ff. de bonor. possess.* Quid de adoptivis? Adoptivi liberi post adoptionem ad patris adoptivi familiam pertinebant. Proinde olim, quamdiu consistebat adoptio, tantum ab adoptivo patre instituendi, aut exheredandi erant. Filius igitur in adoptionem datus ne ex Prætoris beneficio quidem in patris naturalis familia jus sui heredis nancisci poterat. Jus enim Romanorum publicum prohibebat, apud duas familias jus sui heredis habere quempiam. Si tamen a patre adoptivo filius fuisset emancipatus, is in patris naturalis familia jus statim recuperabat, quod emancipatis concessit edicto Prætor. Quapropter, nisi a patre naturali aut institutus, aut exheredatus fuisset, ut emancipati ceteri, ad bonorum possessionem contra tabulas admittebatur §. 4. *h. t.* Sed ea de re plura desino. Nam de adoptivis Justinianus constitutionem suam ser-

vari

vari jussit *in l.* 10. *C. de adoption.* Eam enucleavimus *libr.* 1. *tit.* 11. §. 9. Actum non lubet agere.

VI. Atque hæc veteris Romani juris differentia fuit sexus, & gradus, natorum, & postumorum, quod ad liberos instituendos, aut exheredandos. Verum ab his principiis recedi jussit Justinianus *in l.*4. *C. de liber. præterit.* Ibi scilicet primo exæquati sunt liberi ratione sexus. Hodie igitur ipsæ fœminæ, nisi instituantur, nominatim exheredari debent. Si secus fiat, filiæ quoque seu præteritæ, seu non nominatim exheredatæ testamentum infirmare poterunt, non emancipatæ quidem ex jure civili, emancipatæ ex edicto Prætoris §. 5. *h. t.* Rursus. Ibidem Justinianus liberos exæquavit ratione gradus. Proinde hodie seu primi gradus sint liberi, seu ulterioris, vel instituí, vel nominatim exheredari debent. Aliter liberi quidem in potestate testamentum infringunt ex jure civili, emancipati ex jure Prætorio contra tabulas bonorum possessionem petunt *d.* §. 5. *h. t.* Ibidem denique discrimen sustulit Justinianus inter natos, & postumos. Hodie igitur ipsæ fœminæ seu natæ, seu postumæ, nisi instituantur, nominatim exheredari debent. Si secus fiat, generatim testamentum infringent suæ quidem heredes ex jure civili, per emancipatos susceptæ ex jure Prætorio *d.* §. 5. *h. t.* Illud tamen hic adverti velim, ex regulis Neapolitani juris, si masculi superstites testatori fuerint, filias neque institui, neque exheredari oportere. Nimirum in Regno Fridericus in legitimis parentum hereditatibus fœminas per masculos excludi jussit *constit. in aliquibus. de success. filior. comit. & bar.* Si igitur in intestati successione filiæ jubentur

 ex-

excludi, eas in teſtamento parens impune præterire poterit. Recepta eſt enim in jure regula, facilius ex teſtamento, quam ab inteſtato quempiam excludi poſſe.

VII. Quæ de liberis inſtituendis, aut exheredandis hactenus exequuti ſumus, ad paganorum teſtamenta pertinent. Milites enim liberos impune prætereunt: eorum autem præteritio vim exheredationis habet §. *6. h. t.* At vero militi quidem licet ſolo ſilentio exheredare liberos, ſi is non ignorarit, liberos ſibi eſſe ſuperſtites. Si enim is falſo crediderit, ſe orbum eſſe, ea quidem in ſpecie paternæ voluntatis benigna præſumptio teſtamenti rationem haberi vetat *l.9. & ſequ. C. de teſtam. milit.* Matris etiam, ac parentum maternorum præteritio pro exheredatione eſt. Id tamen non ex privilegio quidem, ſed ex ipſa liberorum conditione manat. Mater ſcilicet, ac parentes maternæ lineæ patria poteſtate non utuntur in liberos. Cum igitur ipſos ſuos heredes haud habeant, ceterorum extraneorum exemplo eos ſolo ſilentio exheredare poterunt §. *7. h. t.* Neque vero immutatum id fuit *novell.*115. *c.*3. ubi ſine juſta cauſa parentes liberos exheredare ſunt vetiti. Nam exheredandi vocabulum pro liberorum diverſitate diverſe debet intelligi. Si de teſtamento patris agatur, eo vocabulo expreſſa exheredatio deſignatur. Sin de teſtamento matris ſit controverſia, ſimplex etiam præteritio eo vocabulo continetur *d.* §. *7. h. t.* Conſ. Huber. *in prælect. ad inſt. h. t. n.* 14.

TI-

TITULUS XIV.

De heredibus instituendis.

FRustra quis heres instituitur, nisi cum eo sit testamenti factio, seu, quod eodem redit, nisi capere ex alieno testamento possit §. 4. *de hered. qualit. & differ.* Cum vero in defuncti civis universa jura succedat heres, generatim omnes, qui persona civili carent, testamenti factionem haud habent. Ejusmodi exempli gratia sunt servi pœnæ, deportati, hæretici, apostatæ, filii perduellium, peregrini denique. Quod tamen ad peregrinos, ii hodie ut libere testari possunt, ita & heredes institui non prohibentur seu ob mores passim ita receptos, seu ob Friderici Ænobarbi constitutionem *de statut. & consuetudin.* §. 10. Ut tamen rebus hereditariis apud nos potiri peregrini queant, intra Regni fines domicilium constituere debent: aliter subsunt saltem *valimento*, quod vocant. Quod ad servos, eos & in contractibus, & testamentis personam civilem a dominis jus Romanum mutuari patitur. Servos igitur heredes instituere licet seu proprios, seu alienos *princ. h. t.* Cum vero jacens hereditas sustineat defuncti personam, servus etiam jacentis hereditatis recte heres instituetur §. 2. *instit. h. t.* Jacens hereditas in jure dicitur, quæ nondum est adita, sed adeunda speratur.

II. Jam vero apud veteres regula juris erat, frustra heredem eum institui, qui cernere non posset

hereditatem, seu decernere heredem se esse velle Ulpian. *fragm.*22. 5. Ita Dii, templa, Civitates, vici, & ipsa publice recepta collegia hereditates ex testamento nancisci non poterant. Verum ea in re paulatim a veteri subtilitate descitum. Quod enim ad Deos, senatusconsultis, Principumve constitutionibus eorum complusculis indulgeri placuit, ut heredes possent institui Ulpian. *loc. cit.* §. *6.* Quod ad Civitates, cum benignior natura fideicommissorum esset, senatusconsulto Aproniano sub Hadriano fortasse cautum, ut eis per fideicommissum relinqui posset hereditas *l.*26. *ff. ad senatusc. Trebellian.* Enimvero senatusconsultum Apronianum ob juris antiqui reverentiam de solis Civitatibus fuit acceptum. Id igitur sub Marco Antonino ad vicos, & collegia quoque fuit extensum, modo auctoritate publica firmata forent *l.* 20. *ff. de reb. dub.* His tandem initiis Leo Imperator verbis quoque directis quibuscumque universitatibus hereditates ex testamento deferri concessit *l.* 12. *C. de hered. instit.* Ibi quidem solas Civitates memorat Imperator; argumentum tamen a Civitatibus ad universitates, & collegia licita recte transfertur *l.* 1. *princ. ff. quod cujusqu. univers.*

III. Quod ad mulieres, eæ seu suæ heredes, seu extraneæ testatori forent, jure Decemvirali heredes institui non vetabantur. Nam in duodecim tabulis & latissima testandi facultas patrifamilias concessa fuit, neque ibi hereditatis capiundæ jure privatæ sunt fœminæ. In ea tamen testandi licentia fraus obliqua via fiebat vetustissimæ Romanorum legi, quæ cujusque prædia penes familiam perpetuo jubebat esse. Fœminis enim a parente scriptis heredibus, per nuptias avita prædia in alienas

fa-

familias passim transferebantur. Id ipsum muliebris luxus incitamentum erat. His igitur incommodis obviam itum lege Voconia lata a Q. Voconio Saxa tribuno plebis anno Urbis 584. Eo plebiscito præter alia placuit, ne census quispiam fœminam institueret heredem, licet unica filia ea foret, aliique testatori liberi non superessent Cicer. 1. *in Verr.* 43. & Augustin. *de Civit. Dei* 3. 21. In lege Voconia censi vocabulo non civis quilibet designabatur, sed qui patrimonium alicujus momenti haberet, & in tabulis censualibus in aliquam ex quinque prioribus classibus relatus esset. Lex igitur eo potissimum pertinebat, ne divitiæ confluerent ad fœminas. Hinc ab eo, qui in quinque prioribus classibus census haud esset, mulieres heredes scribi non vetabantur. Ex eorum etiam, qui censi forent, hereditate ad centum usque nummorum millia mulieres capere poterant. Perizon. *in dissertat. de leg. Vocon. edit. Lugdun. Batavor. pag.* 159. *& sequ.*

IV. Jam vero lege Voconia sat cautum videbatur, ne hereditates redirent ad fœminas. Verum ea lata, statim innotuit, quam facile saluberrimæ leges eludi possent. Nimirum lege sua Voconius ab eorum tantum hereditatibus, qui in prioribus classibus scripti forent, mulieres excluserat. Ditiores igitur, qui mulieres scribere vellent heredes, in postrema classe inter proletarios se censeri curabant. Lex enim Voconia eorum hereditates spectasse non credebatur, qui tantum capite censi essent, & in postrema classe descripti forent. Conf. Montesqu. *esprit des loix* 27. Qui igitur ita agerent, cum legis ludibrio hereditatem, si vellent, transmittebant ad fœminas. Neque tamen hic

hic fraudum finis. Ubi enim fideicommiſſa fuerunt inventa, qui hereditates ad fœminas redire vellent, fideicommittebant heredum, ut eas mulieribus mox reſtituerent Cicer. *de fin.* 2. Ipſi quoque Prætores legem Voconiam iniquiorem exiſtimantes fœminis ſcriptis heredibus non hereditatem quidem, ſed, quod eodem redibat, bonorum poſſeſſionem dabant. Licet autem quod ad teſtamentarias mulierum hereditates diu ante Juſtinianum lex Voconia exoleverit, ea tamen, quod ad legitimas hereditates, obtinuit ad Juſtinianum uſque. Is primus in legitimis hereditatibus maſculis mulieres æquari juſſit *l.* 14. C. *de legit. heredit.* Nunc expendamus, quo tandem modo teſtator extrema ſua judicia componere debeat, & quomodo ſeu interna, ſeu externa inſtitutionis forma ſit ordinanda.

V. Quod ad primum, jus civile publicum veluti legislatorem teſtatorem fingit. Hinc legislatoris exemplo teſtator in heredibus inſtituendis verba uſurpare debet, ex quibus de ipſius mente liquido conſtare poſſit. Nil tamen intereſt jure noviſſimo, quæ verba in inſtitutione teſtator adhibeat. Nam, veteri verborum ſubtilitate contemta, teſtatoris voluntatem ratam haberi Conſtantinus juſſit, quibuſcumque verbis expreſſa foret *l.* 15. *C. de teſtam. & quemadm. teſtam. ordin.* Rurſus eadem legislatoris ſimilitudo ſuadet, ut certa demonſtratione deſignetur heres: ſi ſecus fiat, inſtitutio non conſiſtet *l.* 4. *C. eod.* Ex veteris autem juriſprudentiæ regulis ipſo inſtitutionis tempore de perſona heredis conſtare oportebat: ſi per id temporis heres incertus eſſet, is fruſtra vindicabat hereditatem Ulpian. *fragm.* 22. 4. & §. 25. *inſtit. de legat.* Verum ob heredis incertitudinem

Ju-

Justinianus institutiones vitiari vetuit, modo eum eventus aliquis postea demonstraret §. 27. *instit. eod.* Præterea idem legislatoris exemplum exposcit, ut arbitrio suo testator de herede statuat, neque institutionem in alienam voluntatem conferat. Hinc ea formula frustra instituetur heres: *quos Titius voluerit, heredes sunto l. 32. princ. ff. de hered. instit.* Idem denique legislatoris habitus flagitat, ne captatoria sit institutio. Captatoria dicitur institutio, si quempiam testator instituat ea lege, ut heres ipse testatorem heredem scribat *l. 1. ff. de his, quæ pr. non sctipt. habent.* Ejusmodi scilicet institutionem tamquam bonis moribus adversam Senatus obtinere vetuit. Ea enim in specie non benevolentiam suam erga heredem testator ostendit, sed heredis potius hereditatem captat: qui autem alterius captat hereditatem, ejus plerumque captat & mortem. Enimvero ut captatoria sit institutio, in ea non tempus quidem præteritum, sed futurum contineri debet. Captatoria igitur erit institutio, si quis exempli gratia ita testamento caveat: *qua ex parte Titius me heredem scribet, ex ea heres esto.* Quapropter si qua institutio remunerationis causa fiat, ea captatoria censeri nequit. Ita sane vitio captationis haud subest institutio isthæc: *ex qua parte anno superiori Titius me heredem scripsit, ex ea heres esto.* Vide Bynkersh. *de captat. instit. c. 8. & sequ.* At vero si futurum tempus in institutione contineatur, ea captatoria videri debet, seu in illum, cujus captatur hereditas, seu in alium collata fuerit, modo per interpositam personam alterius hereditas captata fuerit. Ita sane captatoria erit institutio, si quis filium alterius scribat heredem ex

ea.

ea parte, qua ipsemet ab heredis patre instituetur *l.* 171. §. 1. *ff. de hered. instit.*

VI. Porro cum paganum quempiam testato simul, & intestato jus decedere non patiatur *l.* 7. *ff. de regul. jur.* post certum tempus, aut ad certum tempus institui non potest heres §. 9. *instit. h. t.* Nimirum potestate juris heres defunctum exhibet; ex juris præscripto quoque defunctum heres perpetuo exhibere debet. Atqui si post certum tempus, aut ad certum tempus instituatur heres, is defunctum perpetuo non exhibebit. Neque tamen inutilis institutio erit, si certum tempus ei fuerit appositum. Nam favore testamentorum invaluit, ut tempus pro non scripto haberetur; eo autem detracto potestate juris, institutio firma consisteret *l.* 34. *ff. de hered. instit.* & *d.* §. 9. *instit. eod.* Id ipsum tamen intellige, si tempus certum institutioni fuerit appositum. Si enim institutioni appositum sit tempus incertum, id conditionis loco censebitur. Tempus enim incertum conditionem facit *l.* 75. *ff. de condit. & demonstrat.* Ita sane si quis instituatur, *ubi Caius decesserit*, id tempus tamquam incertum conditionem faciet. Nam fieri potest, ut ante Caium moriatur heres: id autem si factum fuerit, testamento corruente ob defectum conditionis, locus legitimæ successioni patebit. Sed, his omissis, de externa ipsius institutionis forma pauca subnectamus.

VII. Quod ad externam institutionis formam, ea & pure, & sub conditione recte peragitur §. 9. *h. t.* Conditio proprie in jure dicitur, quæ ab incerto pendet eventu. Proinde si in præteritum, aut præsens conditio collata fuerit, ea proprie conditio dici nequit *l.* 10. §. 1. *ff. de condition. in-*

stit.

stit. Jurisconsulti tamen eam etiam conditionem appellant, quæ in præteritum, aut præsens confertur: hinc ejus quoque conditionis existentiam heres docere debet, ut hereditate potiri queat *l.* 111. *ff. de condit. & demonstrat.* Conditio autem non unius est generis. Passim ea dividitur in *casualem*, *potestativam*, *& mixtam*. Casualis pendet ab eventu fortuito; potestativa ab heredis arbitrio; mixta partim ab heredis arbitrio, partim ab eventu fortuito. Cuicuimodi conditio sit, ea nisi impleatur, heredi non defertur hereditas. Id ipsum tamen intellige, modo ne is, in cujus utilitatem conditio deficit, impedimento fuerit, quominus impleatur *l.* 5. §. 5. *ff. quand. dies legat. vel fideicom. ced.* Quod si plures conditiones institutioni fuerint appositæ, siquidem conjunctim, omnibus parendum erit; sin alternatim, unam impleri sufficiet §. 11. *h. t.* Neque tamen quælibet conditio omnibus heredibus imponi potest. Heredibus quidem extraneis quamlibet conditionem licet injungere: verum jure pandectarum olim suis heredibus ea tantum conditio imponi poterat, quæ in ipsorum potestate foret *l.* 4. *princ. ff. de hered. instit.* At minus hodie parenti licet. Nam jure codicis liberis saltem in sola legitima institutis ne conditio quidem imponi potest, quæ ab ipsorum potestate pendet. Quæcumque igitur conditio sit eis imposita, ipsius juris potestate detrahitur *l.* 32. *C. de inoffic. testam.* Ejus jurisprudentiæ ratio inde pendet, quod liberorum legitima nullo onere gravari potest: atqui ipsa potestativa conditio onus quoddam videri debet.

VIII. Aliquando impossibilis quoque conditio institutioni solet apponi. Videamus igitur, quid ea

de

de ſpecie ſit in jure cautum. Primum omnium impoſſibilem conditionem non tantum eam appellant juriſconſulti, quæ per ipſam rerum naturam exiſtere nequit, ſed & quæ quid continet, quod cum pietate, legibus, moribuſve pugnat. Nam ut divine Papinianus ait *in l.* 15. *ff. de condit. inſtit. quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt.* Utravis vero conditio inſtitutioni fuerit adjecta, ea detrahitur poteſtate juris. Conditione igitur heredi remiſſa, inſtitutio rata manet §. 10. *h. t. & l.* 9. *ff. de condit. inſtit.* At vero conditio inſtitutionem non vitiabit, ſi cum natura re vera pugnet. Si enim per ſe poſſibilis ſit conditio, atque heredis reſpectu tantum impoſſibilis videatur, fruſtra hereditatem is vindicabit *l.* 4. §. 1. *ff. de ſtatulib.* Impoſſibilem quoque conditionem continet inſtitutio, quæ *perplexa* dicitur. Quæ enim in ea continentur, ita ſecum pugnant, ut exitum habere nequeant. Ejus inſtitutionis exemplum ita Marcianus affert *in l.* 16. *ff. de condit. inſtit. Si Titius heres erit, Sejus heres eſto: ſi Sejus heres erit, Titius heres eſto.* Ejuſmodi tamen inſtitutio prorſus infirma cenſeri debet *d. l.* 16. *ff. eod.* Eodem jure cenſebatur olim inſtitutio, quam *præpoſteram* juriſconſulti dixerunt. Præpoſtera inſtitutio in jure dicitur, quæ confertur quidem in præſens, a futura conditione tamen pendere præcipitur. Verum præpoſteras inſtitutiones, aut contractus ratos haberi juſſit Juſtinianus: tantum conditionis appoſitæ eventum expectari voluit, ut deferretur tandem hereditas, aut contractus exequutio peti poſſet *l.* 25. *C. de teſtam.*

IX.

IX. Jam vero discrimen fecere veteres, utrum conditio impossibilis institutionibus, an contractibus foret apposita. Si enim conditio impossibilis institutioni fuisset aposita, institutionem, ut supra vidimus, consistere censuerunt. Sin ea contractibus fuisset adjecta, per impossibilem conditionem eos vitiari pronunciarunt *l.* 31. *ff. de obligat. & action.* Differentia isthæc inde profluxisse videtur, quod in impossibilem conditionem contrahentes consentientes præsumendi forent jocari velle. Neque enim serio egisse videri debent, qui contractibus conditionem apponunt, quam sciant impossibilem esse. Contra in testamento paterfamilias aut in exitu vitæ positus, aut certe de mortalitate cogitans præsumi nequit jocari velle; eum igitur contra animi sui sententiam conditionem impossibilem protulisse censuere veteres, neque ea de causa institutionem infirmari oportere. Nunc, quod ex præsenti titulo superest, de hereditatis divisione, ejusque partibus pauca delibemus.

X. Tota hereditas a jurisconsultis as appellatur. Neque vero solius hereditatis solidum, sed & usurarum, & ceterarum omnium ferme rerum assis vocabulo designari solet. Hinc *in assem satisfacere*, *possidere*, *satisdare*, *vendere*, *vindicare* dictum invenies. Exempla prostant apud Calvinum *in lexic. juridic. voc. as.* Id vero vocabulum apud veteres tam late patuit, quia partes duodecim complectitur. Numerus enim duodenarius perfectionis symbolum credebatur olim, & omnium perfectissimus, ut scripsit Hermias *in Phædr. Platon.* Ejus rei causam primus protulit Duarenus 2. *disput.* 36. Ibi enim ex Galeno observat, nullum alium numerum in tot partes æque commode dividi posse

posse. Nam is quidem, ut Galenus scripsit, *habet dimidium*, & *bessem*, & *quadrantem*, *septuncemque*, & *ipsum numerum duodenum*. Ea de causa hereditas a jurisconsultis as dicta fuit, & in duodecim divisa partes: singulæ etiam partes suo vocabulo sunt designatæ, ut in aliorum solidorum partibus fieri solet. Pars scilicet hereditatis duodecima *uncia* est appellata, binæ unciæ *sextans*, tres unciæ quadrans, quatuor *triens*, quinque *quincunx*, sex *semis*, septem *septunx*, octo *bes*, novem *dodrans*, decem *dextans*, aut *decunx*, undecim *deunx*. Cum vero testator & minus uncia, si velit, legare possit, ipsam hereditatis unciam in minores etiam partes diviserunt jurisconsulti, iisque designandis propria vocabula destinarunt. Neque tamen testator hereditatem in partes duodecim distribuere cogitur necessitate juris. Ei enim in plures partes, si velit, hereditatem partiri licet §. 5. *h. t.* In eo autem argumento ita receptum jus Romæ fuit, ut, si partes duodecim excessisset testator, ad alias partes duodecim progressus factus intelligeretur *l.* 17. §. 3. *ff. de hered. instit.* Proinde si, partibus assis expletis, alius quoque heres esset sine parte scriptus, in partes viginti quatuor divisa videbatur hereditas. Ei igitur, qui fuisset sine parte scriptus, dimidium hereditatis deferebatur *d. l.* 17. §. 3. *ff. eod.* & §. 6. *h. t.*

XI. Ex dictis hactenus apprime liquet, solemnem assis distributionem testatorem non cogi sequi; in præsenti quoque negotio omnia ad ejus mentem accommodari oportere. Poterit igitur testator non solum in viginti quatuor uncias hereditatem dividere, sed & pauciores, aut plures,

quam

quam duodecim partes, ex ea facere. Id autem si factum a testatore fuerit, in duodecim uncias potestate juris hereditas resolvi debet. Quapropter si in divisione per testatorem facta ex duodecim partibus quid superfit, aut desit, id ipsis heredibus pro rata hereditaria accrescet, aut decrescet §. 7. *h. t.* Quid si ex certa re unus heres sit scriptus? Ea in specie detracta certæ rei mentione, heredi scripto tota adjudicatur hereditas *l.* 1. §. 4. *ff. eod.* Ejus jurisprudentiæ ratio inde pendet, quod ex paganis quispiam testatus simul, & intestatus obire nequeat §. 5. *h. t.* Id adeo verum est, ut ea in specie complures existiment, ne ipsum quidem testatorem jus accrescendi prohibere posse. Conf. de Ros. *consultat. jur.* 34. *n.* 18. *& sequ.* Atque id verum quidem videtur, subtilitate juris civilis inspecta. Æquitas fori tamen vix hodie patitur, ut contra testatoris mentem tota hereditas addicatur ei, cui jus accrescendi testator ademerit. Quapropter in eo conflictu juris, & æquitatis eo potius inclinandum videtur, ut re sibi adscripta contentus heres, aut suppleta quarta, reliquam hereditatem legitimis heredibus jure taciti fideicommissi restituat. Vide Gomez. *resol. tom.* 1. *c.* 10. *n.* 10.



TITULUS XV.

De vulgari substitutione.

SUbstitutionis vocabulum multiplicem in jure notionem habet. Vox enim isthæc non solum institutioni secundi, aut ulterioris heredis accommodatur, sed de fideicommissis etiam frequenter accipitur. Hinc passim doctores substitutionem dividunt in *fideicommissariam*, & *directam*. In directa substitutione verbis directis heredi heres substituitur. In substitutione fideicommissaria verbis precativis testator heredi mandat, ut alteri restituatur hereditas. In re dubia substitutio potius directa præsumi debet, neutiquam vero fideicommissaria. Fideicommissaria scilicet substitutio heredem gravat restituendi onere. Ex recepta juris regula unusquisque præsumitur heredem suum quam minime gravare velle *l.* 67. §. 8. *ff. de legat.* 2. In dubio igitur substitutio directa censeri debet, nisi aliud res ipsa suadeat. Sed de substitutione fideicommissaria infra videbimus ad *tit.* 23. Substitutionem directam, qua verbis directis heres heredi substituitur, hic, & insequenti titulo enarrabimus.

II. Directa heredum substitutio haud incommode definiri queat *secundi heredis institutio l.* 43. §. 2. *ff. de vulgar. & pupill. substit.* Veteres igitur substitutum secundum heredem appellant, licet tertio, vel ulteriori gradu substitutus fuerit. Id inde factum, quia, quæcumque substitutorum

sit

sit series, tertius, aut ulterior substitutus respectu primi semper secundus est heres, si ad eum delata fuerit hereditas. Substitutionem vero recipiendarum non una fuit occasio. Primo enim facile fieri poterat, ut institutus ob æs alienum hereditatem damnosam existimans testamentum desereret. Ne igitur ea in specie paterfamilias intestatus obiret, substitutiones opportunissimæ videbantur. Deinde non raro fiebat, ut ante testatorem heres decederet. Eo autem casu res reditura erat ad intestati causam sine substitutionis auxilio. Denique, ut omittam alia, per legem Papiam ex alieno testamento complusculi capere non poterant: his autem heredibus institutis, fisco deferebatur hereditas, si saltem in testatoris obitu capaces non invenirentur. Proinde ea quoque de causa substitutiones recipiendæ erant, ne contra testatoris voluntatem ad fiscum rediret hereditas.

III. Jam vero directam substitutionem divisere veteres in vulgarem, & pupillarem. Vulgarem dixerunt, quæ ab omnibus testatoribus fieri posset. Pupillarem vocarunt, qua parens substitueret liberis in potestate positis, si in ætate pupillari decederent. Præter has duas tamen tres aliæ directæ substitutiones passim distingui solent, *exemplaris* scilicet, *reciproca*, *compendiosa*. Exemplarem appellant, qua dementi filio, si in dementia decesserit, substituit parens. Rationem vocabuli inde repetunt, quod substitutio isthæc ad exemplum pupillaris fuit inducta. Reciprocam dicunt, in qua ipsi heredes instituti invicem substituti fuerint. Compendiosam vocant, quæ paucorum verborum compendio vulgarem simul, & pupillarem substitutionem complectitur. Ita sane si pater pupillo

ſubſtituat per formulam, *quandocumque deceſſerit*, iis in verbis vulgaris ſimul, & pupillaris ſubſtitutio continetur. Enimvero rectius fortaſſe ſtatuunt, qui duas tantum ſubſtitutionum ſpecies diſtinguendas aiunt, vulgarem ſcilicet, & pupillarem; reliquas autem diverſas tantum continere ſubſtituendi formulas. Conf. Donell. *comment.jur. civil. 6. 23. & Vinn. ad rubric. h. t. n. 4.* His ita præſtitutis, hoc titulo potiſſimum de vulgari, inſequenti de pupillari ſubſtitutione videbimus.

IV. Primum omnium vulgaris ſubſtitutio inde nomen accepit, quod vulgo, & a quolibet teſtatore fieri poſſet, licet nullos haberet in poteſtate liberos. Ea facultas ex ipſa teſtamenti factione in jure Decemvirali conceſſa neceſſaria quadam conſequentia deducta fuit. Heredis enim inſtitutione conceſſa, neceſſario concedenda videbatur ſubſtituendi facultas. Aliter contra teſtatoris voluntatem in cauſam inteſtati res facile redire potuiſſet, ſi ſcriptus heres nollet, aut non poſſet hereditatem amplecti. Vulgarem vero ſubſtitutionem *in primum caſum* fieri juriſconſulti dixerunt *l.45. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Id inde factum, quia vulgaris ſubſtitutio ante pupillarem in jure civili recepta fuit. Neque aliunde fortaſſe ſubſtitutio pupillaris in alterum, ſeu ſecundum caſum fieri dicitur *in l. 4. princ. ff. eod.* niſi quia poſt ſubſtitutionem vulgarem fuit inventa. Vide *tit.16. §. 1.* Cuivis igitur teſtatori licet, in primorum heredum locum alios ſubſtituere gradu ſecundo, tertio, aliove deinceps. Ubi autem factum id fuerit, ſi primi heredes haud erunt, ſubſtitutis gradu proximis deferetur hereditas *princ. h. t.*

V. Porro vulgariter ſubſtituendi formula in *ſpecia-*

cialem, & *generalem* dividi potest. Specialis erit, si casum respiciat tantum *noluntatis*, aut *impotentiæ*, quam vocant. Generalis est, si respiciat utrumque casum. Ejusmodi est formula, *si primus heres non erit*. Si igitur ea fuerit adhibita, patebit substituto locus, seu primo scriptus nolit, seu nequeat heres esse. Conf. doctores ad *princ. h.t.* Enimvero illud addubitari queat, num in alterutro casu expresso seu noluntatis, seu impotentiæ omissus quoque contineatur. Controversia eo redit, an, exempli gratia substituto Sempronio, *si Mævius heres esse nolit*, ex substitutione Sempronius sit admittendus, si Mævius velit quidem, sed nequeat heres esse. Ejusmodi extensionem fieri vetant interpretes plerique omnes argumento *l.* 10. *ff. de liber. & postum.* Contraria tamen sententia a jure licet alienior æquitate quadam in foro se commendavit. Nam vulgariter substituendo testator id maxime curasse videtur, ne intestatus decedat. Ea conjectura voluntatis innixi doctores plerique omnes in præsenti specie casum expressum ad omissum extendunt. Vide Gomez. *resolut. c.* 3. *n.* 10. Stryk. *in cautel. testam. c.* 18. *membr.* 1. §. 9. de Ros. *in civil. decret. prax. c.* 4. *n.* 9.

VI. Jam vero formula, *si heres non erit*, pro heredum diversitate diversos quidem effectus habet. Ita sane si heres sui juris sit institutus, ea formula locum substituto facit, si is neque sibi, neque ob statu permutationem hereditatem alteri per aditionem quæsierit §. 4. *h. t.* Verum vulgata sunt isthæc in jure civili. Dubium tamen videri queat, utrum, ante aditionem herede instituto mortuo, ad ipsius heredes transmittatur hereditas, an in ea præferendus sit substitutus. Veteri quidem jure sui

heredes tantum parentis hereditatem in heredes quoslibet transmittebant *l.*8. *C. de suis*, *&* *legitim.* In aliis igitur speciebus substitutus heredibus instituti præferebatur. Verum Justinianus heredibus generatim omnibus annum concessit, intra quem de adeunda, vel omittenda hereditate deliberare possent. Si scriptus heres intra deliberationis annum decederet, quod superesset ex deliberationis anno, in heredes transmitti jussit, si a defuncto hereditas repudiata non esset *l.* 19. *C. de jur. deliber.* Cum igitur jus deliberandi per reliquum anni tempus ad heredes quoslibet hodie transmittatur, jure novissimo heredes instituti substitutos possunt excludere. Conf. Gregor. Tholos. *syntagm. jur.* 42. 13.

VII. Porro in vulgari substitutione & singuli singulis, & plures pluribus, & unus pluribus, & plures uni recte substituuntur: ipsi etiam heredes instituti substitui non prohibentur §. 1. *h. t.* Si postremum hoc fieret, substitutionem *reciprocam* dixere veteres *l.*4. §. 1. *ff. de vulgar. & pupill. substit.* Reciprocæ autem substitutionis usus ante legem Papiam vix ullus erat. Nimirum reciproca heredum institutio eo potissimum pertinet, ut deficientes hereditatis partes deferantur heredibus primo gradu scriptis. Atqui coheredes olim sine substitutione reciproca deficientes hereditatis partes ob jus accrescendi necessario nanciscebantur: aliter partim testatus, partim intestatus paterfamilias obiisset. Enimvero per legem Papiam deficientes hereditatis partes caducorum nomine ærario deferri placuit. Ita jus accrescendi inter coheredes sublatum fuit. Conf. Heinecc. ad *leg. Jul. & Pap. libr.* 3. *c.* 4. *& sequ.* Exinde igitur heredum primo

mo loco scriptorum substitutiones reciprocæ frequentissimæ evaserunt. Scilicet lege Papia fisco quidem jubebantur addici deficientes hereditatis partes, reciprocæ tamen heredum substitutiones non vetabantur. Proinde testatores, qui legem Papiam caducariam vellent eludere, ipsos heredes primo gradu institutos invicem substituebant. Ita enim deficientes hereditatis partes ipsis heredibus ob reciprocam substitutionem cedebant; ærarium autem prorsus excludebatur. Verum Justinianus heredibus vetus jus accrescendi restituit, ac legem Papiam caducariam omnino sustulit *l. unic. C. de caduc. tollend.* Hodie igitur sine reciprocæ substitutionis auxilio deficientes hereditatis partes heredes acquirunt. Nunc cum Triboniano videndum, quas tandem hereditatis partes jus civile substitutis deferri jubeat.

VIII. Quod ad hereditatis partes substitutis debitas, ea in re pro diverso substituendi modo diversum jus esse placuit. Nimirum siquidem unus uni sit substitutus, substitutus instituti partem habebit: sin plures pluribus, substituti ex partibus æqualibus heredes erunt, licet institutis inæquales partes testator adscripserit. Id necessitas ipsa suasit: neque enim ea in specie dignosci potest, quis cui sit substitutus. At vero si ipsi heredes ex disparibus partibus in institutione scripti mutuo sint substituti, easdem in substitutione partes eis præsumitur dedisse testator, quæ in institutione fuerint expressæ §. 2. *h. t.* Quapropter si primus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sint instituti, iique invicem substituti fuerint, deficiente tertio, in novem partes dividendus est quadrans ei in institutione relictus: pro rata autem in insti-

tutione relicta pars una addicetur primo, octo secundo *l.24. ff. de vulgar. & pupillar.* Id ita placuit, quia præsumi non potest, magis in substitutione, quam in institutione a testatore heredes dilectos fuisse. Inde factum, ut legata ab institutis relicta a substitutis repetita videri debeant, si evidens testatoris voluntas aliud non suaserit *l.74. ff. de legat.* 1.

IX. Denique in hoc argumento vulgata juris est regula, *substitutum substituto instituto etiam substitutum intelligi* §. 3. *h. t.* Proinde primo, & secundo heredibus institutis, & in primi locum substituto secundo, si tertius etiam secundo substituatur, primo, & secundo deficiente, tertius non solum in secundi, sed & in primi partem jure substitutionis admittitur. Hujus sententiæ princeps, & auctor Julianus fuit *in l.27. ff. de vulgar. & pupillar. substit.* eamque rescripto suo firmavit etiam Antoninus *d.* §. *3. h. t.* Ejus jurisprudentiæ ratio inde pendet, quod tertius substitutus secundo substitutus intelligitur in partes omnes, quæ secundo deferri poterant. Atqui in proposita specie deficiente primo, tota quidem hereditas secundo delata fuisset. Nam semis quidem ad eum pertinuisset tamquam coheredem, semis vero tamquam substitutum primo. Vide Donell. *comment.* 6. 24. 9. Falluntur igitur, qui in prædicta specie totam hereditatem tertio deferri statuunt accrescendi jure. Jus enim accrescendi in eo tantum admitti potest, qui heres extitit ex parte sua. Hinc alluvionis exemplo accrescere dicitur portioni portio *in l.33. ff. de usufruct.* Neque regeras, effectu juris nil interesse, utrum substitutionis, an accrescendi jure tota tertio deferatur hereditas. Si enim

enim fingas, in proposita specie secundum tantum deficere, jure substitutionis tertius primum excludet a secundi parte, quem jure tamen accrescendi haud excluderet. Jus scilicet accrescendi cum jure substitutionis concurrens est minus efficax: in eo igitur concursu qni nudum jus accrescendi habet, a substituto vincitur. Vide Vinnium ad *d.* §. 3. *h. t.*

TITULUS XVI.

De pupillari substitutione.

PEr pupillarem substitutionem paterfamilias heredem scribit liberis suis heredibus, si in ætate pupillari decesserint *princ. h. t.* Pupillaris autem substitutus non solum in omne pupilli patrimonium a patre relinqui solitum, sed & in ipsius impuberis bona succedit, quæ aliunde is fortasse quæsierit *l.* 10. §. 5. *ff. de vulgar. & pupillar. substit.* Inde fit, ut vulgaris quidem substitutio vera substitutio sit: per eam enim, ut vidimus, gradu secundo ipsi testatori succeditur. Contra substitutio pupillaris potius institutio videri debet: per eam enim gradu primo pupilli hereditas substituto defertur. Substitutionem autem pupillarem *in alterum*, seu secundum casum veteres fieri dixerunt. Id inde fortasse factum, quia pupillaris substitutio post vulgarem fuit inventa. Nimirum ob latissimam testandi facultatem patrifamilias in jure Decemvirali concessam in ipsis duodecim tabulis vulgaris substitutio contineri videbatur: vulga-

gariter enim substituendo testator, licet in gradu secundo, sibimet tamen heredem instituit. Contra pupillaris substitutio in duodecim tabulis concessa non credebatur. In pupillari enim substitutione pater non sibi, & in patrimonio suo, sed alteri, & in alienis rebus scribit heredem. Ea fortasse de causa pupillariter substituendi facultatem parentibus denegavere veteres. Paulatim tamen ob ipsum pupillorum favorem pupillaris quoque substitutio per mores recepta fuit. Ex pupillari substitutione scilicet duplex redibat in pupillum commodum. Primo enim per eam pupillus testamenti factione carens cum testamento videbatur obire. Deinde pupillis pupillari substituto dato, eorum vita tutior esse credebatur adversus agnatorum insidias. In extrema scilicet testamenti parte separatim plerumque scribebatur substitutio pupillaris; prohiberi quoque solebat, ne ea aperiretur, donec pupillus annos pubertatis excederet §. 3. *instit. h. t.* & Caius *instit. libr. 2. tit.* 4. §. 2. Cum igitur ignorarent agnati, quis substitutus pupillo foret, insidias ejus vitæ non moliebantur. Nemo enim facinus aggreditur, cujus emolumentum ad alios pervenire possit. Hinc intelliges, cur adversus pupilli utilitatem facere dicatur, qui pupillarem substitutionem impugnat *in l.42. princ. ff. de acquir. vel omittend. heredit.* Ut autem pupillaris substitutio firmitatem obtineat, in ea præscripta legum servari debent. Præscripta isthæc partim ab ipsorum liberorum persona pendent; partim aut in externis solemnibus, aut externa substitutionis forma versantur. De singulis pro instituto videbimus.

II. Quod ad primum igitur, pupillaris substitutio ex ipsa patria potestate manat. Proinde non

omni-

omnibus promiscue liberis pupillariter substituere licet, sed impuberibus tantum in potestate, quique post testatoris obitum in alterius potestatem non sunt recasuri. Quapropter impuberibus tantum suis heredibus parens pupillariter substituere potest *l. 2. princ. ff. de vulgar. & pupillar. substit.* Si sui heredes sint parenti impuberes, ipsis eo modo substitui poterit sine sexus, gradusve discrimine, seu natis, seu nascituris *d. l. 2. princ. ff. eod.* Nepotes, si superstes sit in potestate filius, sui heredes avo non sunt: ii igitur ex testamento avi pupillarem substitutum habere nequeunt. Patre tamen prærepto, in sui heredis locum nepos statim succedit: ita nepotibus etiam, quos præcedit filius, ex secundo capite legis Juniæ Vellejæ avus substituere poterit. Id autem rite factum intelligetur, si extrema sua judicia avus ita componat: *filius meus heres esto: si filius meus me vivo suus heres esse desinet, tunc qui mihi ex eo nepos est, heres esto. Si nepos heres erit, & intra pubertatem decesserit, Sempronius heres esto d. l. 2. princ. ff. de vulgar. & pupillar. substit. & l. 29. §. 13. ff. de liber. & postum.*

III. Jam vero liberis non tantum scriptis heredibus, sed exheredatis etiam pupillariter parens recte substituit §. 4. *instit. h. t.* Inde fit, ut substitutio pupillaris sub duplici possit conditione fieri. Si enim ipse impubes a parente sit scriptus heres, in substitutione ordinanda conditio hæc apponetur; *si filius heres erit, & in ætate pupillari decesserit, Sempronius heres esto.* Si vero exheredatus fuerit impubes, ei pupillaris substitutus sub simplici conditione dabitur, *si intra pubertatem decesserit princ. instit. h. t.* Utrovis modo

pu-

pupillis fubftitutum fuerit, fubftitutio feu in mafculis, feu in fœminis evanefcit per pubertatis adventum §. 8. *inftit. eod.* Quid fi fubftitutio pupillaris a parente ultra pubertatem producta fuerit? Non femel in jure civili utile per inutile non vitiatur. Proinde fi ultra pubertatem parens fubftitutionem pupillarem extenderit, mentio temporis poft pubertatem adjecti detrahetur poteftate juris; fubftitutio autem intra pubertatem firma confiftet *l.* 14. *ff. de vulgar. & pupillar. fubftit.* Liberos igitur poft pubertatem, ut ceteros heredes extraneos, fideicommiffaria tantum fubftitutione gravare licet §. *ult. inftit. h. t.* Dubium tamen videri queat, an directa patris fubftitutio ultra pubertatem extenfa poft pubertatem filii in fideicommiffariam fit convertenda. Negarunt id paffim interpretes, ne quod propter utilitatem pupilli fuit admiffum, eidem jam puberi obfit in facultate teftandi. Ne fingulos memorem, ita vifum Goveano, Duareno, Cujacio *obfervat.* 11. 25. Contra poft Donellum *comment.* 6. 25. 23. non pauci ftatuunt, eo cafu fubftitutionem pupillarem poft pubertatem pupilli in fideicommiffariam converti oportere. Adverfus eos late difputat Vinnius ad *d.* §. 8. *h. t.* fed ejus argumenta haufta funt ex jure veteri. Juris autem novi ratio videtur expofcere, ut ea in fpecie fubftitutio poft pubertatem convertatur in fideicommiffi caufam. Infpecto enim jure novo ex tacita quoque teftatoris voluntate fideicommiffum admitti debet *l.* 2. *C. commun. de legat.* Ne igitur inutilis fit teftatoris voluntas, fubftitutio ifthæc poft filii pubertatem taciti fideicommiffi jure cenfebitur. Conf. Heinecc. ad *Vinn. d.* §. 8. *h. t. n.* 3. Sed, his omiffis, de fubfti-

stitutionis pupillaris externis solemnibus pauca subnectamus.

IV. Quod ad pupillaris substitutionis externa solemnia, ea in re illud statuendum in primis, pupillarem substitutionem ipsius testamenti paterni partem, & sequelam esse §. 5. *h. t.* Inde autem aperte liquet, in praesenti argumento patris testamentum principale esse, filii vero substitutionem accessionem testamenti paterni. Hinc patris respectu tria desiderantur, ut substitutio pupillaris consistat. Primo enim oportet, ut sibi parens re vera testamentum faciat: aliter absurdum foret, obeuntem intestato quempiam heredem aliis dare vellet *l.2. §.1. ff. de vulgar. & pupill. subst.* Deinde primum instituere sibi debet heredem parens, mox liberis substituere. Inutilis igitur substitutio pupillaris erit, si, converso scripturae ordine, primum liberis substituat parens, deinde sibi scribat heredem. Rem aperte docet Ulpianus *in d. l. 2. §. 4. ff. eod.* Verum idem Ulpianus contrarium diserte scribit in *d. l. 2. §. 5.* Ibi enim jurisconsultus generatim edicit, conversum scripturae ordinem substitutioni haud officere, si quis primum gnato substituat, mox eumdem sibi jubeat heredem esse. Vinnius, Duarenus, aliique tantum non omnes nodum ita solvunt, ut si parens primum substituat filio, deinde ex intervallo sibi scribat heredem, inutilis sit substitutio. Sin conjunctim utrumque faciat, substitutio non vitietur. Verum eam distinctionem Ulpiani verba non ferunt. Proinde eorum sententiam sequi malim, qui, filio quidem exheredato, scripturae ordinem converti non posse statuunt; id ipsum tamen non prohiberi, si a parente filius heres sit institutus. Fa-

vor

vor parentis ſcilicet, qui filium ſcripſiſſet heredem, eam juris ſubtilitatem negligi poſtulabat. Vide de tota re Donellum *comment. 6. 25. n.30. & ſequ.*

V. Denique ad pupillaris ſubſtitutionis firmitatem illud quoque requiritur reſpectu patris, ut ſecundum teſtamenti tabulas adita ſit ejus hereditas §. 5. *h. t. & l. 2. §. 1. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtit.* In ea re tamen differt jus Romanum vetus a noviſſimo Juſtiniani jure. Veteri jure ſcilicet quacumque de cauſa infirmaretur inſtitutio patris, infirmabatur etiam ſubſtitutio pupillaris. Verum jure noviſſimo ſi reſciſſum teſtamentum fuerit inofficioſi querela, ſubſtitutio pupillaris non infirmatur. Cautum enim a Juſtiniano fuit, ut ſi inofficioſi querela teſtamentum reſciſſum foret, ſola parentis inſtitutio infirmaretur; cetera vero teſtamenti capita firma conſiſterent *novell.* 115. *c.*3. Si hinc diſcedas, ex ipſo jure noviſſimo ſubſtitutio pupillaris corruet, ſi aliis fortaſſe de cauſis teſtamentum patris ſit infirmatum. Enimvero ſi ipſe pupillus a parente ſcriptus ſit heres, ea quoque in ſpecie pupillaris ſubſtitutio vim ſuam obtinet, licet pupillus hereditate patris ſe abſtinuerit. Pupillus in poteſtate ſcilicet neceſſarius heres parenti eſt. Juris neceſſitate igitur patris hereditas ei defertur §.2. *inſtit. de hered. qualit. & different.* Eam juris aſperitatem eluſit edicto Prætor. Liberis enim facultatem conceſſit ſe abſtinendi a parentis hereditate *d.* §.2. *de hered. qualit. & different.* At vero per jus abſtinendi liberis in edicto conceſſum eis Prætor prodeſſe, non obeſſe voluit. Cum igitur ſubſtitutio pupillaris pupillo prodeſſet, eam poſt abſtentionem Prætor evaneſcere

ve-

vetuit: ut autem ea consisteret, filios post ipsam abstentionem fingi jussit patris heredes. Hinc nudum sui heredis nomen tabulas pupillares confirmare dicitur *in l.41. ff. de adquir. vel omitt. hered.* Nunc, quod superest, de externa substitutionis forma pauca moneamus.

VI. Primum omnium qui decedens plures impuberes habet in potestate, is aut singulis pupillariter substituere potest, aut ei, qui novissimus intra pubertatem obierit §.6. *h. t.* Si singulis substituerit, quisque heredem habebit ex testamento. Sin ei tantum, qui novissimus intra pubertatem obierit, is tantum ex testamento heredem habebit; inter ceteros jus legitimarum hereditatum servabitur *l.37. ff. de vulgar. & pupillar. substit.* Postrema tamen in specie a jure veteri distant novissimæ Justiniani leges. Jure veteri scilicet mater a pupilli fratribus seu germanis, seu consanguineis excludebatur. Igitur in hereditate filii obeuntis intra pubertatem pupilli superstites matri præferebantur. Ita pupillo novissimo morienti substitutus omnium hereditates consequebatur per matris concursum non imminutas. Contra jure novissimo fratres defuncti consanguineos mater excludit; cum germanis in capita admittitur *novell. 118. c. 2.* Igitur jure novissimo substitutus impuberi novissimo morienti hereditates fratrum intra pubertatem præmortuorum non consequitur integras: ad eum pertinebunt tantum partes, quæ impuberi ultimo morienti delatæ fuerint in concursu matris.

VII. Porro substitui potest impuberi aut speciatim, aut generatim etiam §.7. *h. t.* Speciatim pupillo substituitur, si substitutus nominatim fuerit expressus. Ejusmodi substitutio erit, si, filio he-

herede scripto, statim testator addat: *si filius meus intra pubertatem decesserit, Sempronius heres esto.* Generatim pupillo substitutum videbitur, si, pluribus heredibus sibi institutis, ei pater ita substituat: *quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto.* Si postremo hoc modo substituatur, post pupilli mortem ex substitutione vocari scribit Tribonianus, *qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt d.* §. 7. *h. t.* Iis autem verbis triplex ostenditur effectus substitutionis formula generali factæ. Primo enim in substitutione formula generali facta ii tantum vocati censentur, qui heredes scripti fuerint, non vero alii, ad quos ratione potestatis commodum hereditatis fortasse pervenerit. Ita quidem si filiusfamilias scriptus heres hereditatem patri quæsierit, si ante impuberis obitum emancipatus is fuerit, ipse, non pater, heres ex substitutione fiet *l.* 8. §. 1. *ff. de vulgar. & pupillar. substit.* Deinde si in pupillari substitutione generalis formula fuerit adhibita, intra pubertatem decedente pupillo, ii tantum admitti debent, qui re ipsa patri extiterunt heredes. Si quis igitur patris hereditatem repudiarit, ad capiendam hereditatem impuberis ei non prodest, quod heres a patre sit institutus *d. l.* 8. §. 1. *ff. eod.* Denique si generali formula substitutum pupillo fuerit, heredes easdem in substitutione partes habuisse intelliguntur, quas in institutione patris acceperint *d. l.* 8. §. 1. *ff. eod.* Vide doctor. ad *d.* §. 7. *h. t.*

VIII. Ex dictis hactenus aperte liquet, in specie substitutionis pupillaris, ut duæ sunt hereditates, ita & testamenta duo distingui oportere, alterum quidem patris, alterum vero filii. Id ipsum

tamen

tamen subverenter ac timide edicit Tribonianus. Ita enim scribit §. 2. *h. t.* *In pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum*. Ita Tribonianus loquitur, quia veteres jurisconsulti in casû substitutionis pupillaris unum etiam testamentum non infrequenter agnoscunt. Unus enim erat in ea testator, nec plura testamenti solemnia *l.* 20. *princ. ff. de vulgar. & pupillar. substit.* In ea re scilicet diverse loquuti sunt veteres: prout autem substitutioni pupillari, & ipsi impuberi expediret, ea in specie modo unum, modo duplex testamentum agnoscebant. Ita quidem ut pupillaris substitutio facilius consisteret, in testamento septem testes, septem signa sufficere statuebant, quasi testamentum patris, ac filii diversum non esset *d. l.* 20. *princ. ff. eod.* Contra ob pupilli quoque favorem in casu pupillaris substitutionis duplex aliquando testamentum agnovere veteres. Ita quidem quasi in ea specie duplex testamentum esset, filio per nuncupationem, sibi per scripturam testamentum patrem facere posse docuerunt *d. l.*20. §.1. *ff. de vulgar. & pupillar. substit.* Ita quoque, licet alias uno contextu fieri testamenta debeant, valebat substitutio, si, perfecto sibi testamento, parens alio tempore filio substitueret. Ea tamen in specie in substitutione quoque legitimus testium numerus est adhibendus *l.* 16. §. 1. *ff. eod.*

IX. Cum in casu substitutionis pupillaris duplex aliquando testamentum jus fingat, dubium videri queat, an legitima matri debeatur ex hereditate pupilli, cui extraneum pater pupillariter substitue-

rit. Ratio dubitandi inde promanat, quod matri competat inofficiosi querela, si in testamento filii ei legitima relicta non fuerit *novell.* 115. *c.* 4. Substitutio autem pupillaris veluti ipsius filii testamentum in jure censetur. Verum aperte matri contrarius est Ulpianus *in l.* 8. §. 5. *ff. de inoffic. testam.* Ejus juris ratio ab ipsa querelæ origine repetenda est. Nimirum inofficiosi querela eo colore inolevit olim, quasi non sana mente testator legitimam ei denegasset, cui deberetur. Verum pupillus quidem, qui non ipse sibi scripsisset heredem, ea de causa accusari non poterat: eadem de causa testatoris judicium frustra impugnasset uxor: Nam adversus viri testamentum uxori querela non datur. Quod tamen diximus, a substituto pupillari in ipsa legitima excludi matrem, id admittunt quidam, si substitutio pupillaris fuerit expressa. Si tamen ea sit tacita, quæ scilicet in vulgari expressa continetur, ea in specie in tota hereditate matrem substituto præferunt. Ita non pauci post glossam ad *l.* 9. *C. de instit. & subst.* Verum sententia isthæc cum divorum Fratrum constitutione aperte pugnat *in l.* 4. *ff. de vulgar. & pupillar. substit.* Inde enim aperte liquet, pupillarem substitutionem expressam vulgarem tacitam complecti, substitutionem etiam vulgarem expressam pupillarem tacitam continere. Si igitur in vulgari expressa pupillaris tacita continetur, in pupillari etiam substitutione tacita nihil a substituto mater vindicare potest. Nam substitutio pupillaris tacita iisdem regulis cum pupillari expressa procedit. Proinde convenientius juri videtur, in ipsa substitutione pupillari tacita per substitutum matrem excludi. Confer Thom. Papillon. *de pupil-*

pillar. subst. c. 6. Neque regeras, novissimo saltem Justiniani jure in casu pupillaris substitutionis tacitæ substituto matrem præferri oportere ob *d. l. 9. C. de institut. & substitut.* Nam ea constitutio ultra speciem a Justiniano definitam extendi non debet, ubi scilicet postumus matri coheres eadem viva decesserit. Ceterum licet sententia isthæc de jure verior videri debeat, æquitatis tamen obtentu contraria sententia pragmaticis magis arrisit. Vide Stryk. *in jur. modern. pandect. libr. 28. tit. 6. §. 9.* Sed nos latius isthæc, quam pro instituto. Quod superest igitur, de substitutione quasi pupillari videbimus, qua parentes liberis mentecaptis ultra pubertatem substituere solent.

X. Jure Antejustinianeo olim ob animi, corporisve vitium parentes liberis ultra pubertatem substituere non poterant, nisi singulari privilegio id impetrassent a Principe. Substitutio autem ita concessa valebat, quamdiu liberi in eadem valetudine perseverassent *l. 43. princ. ff. de vulgar. & pupillar. subst.* Quod ad liberos mentecaptos tamen Justinianus ejusmodi privilegium porro a Principe expectari noluit. Is enim parentibus utriusque sexus generali lege concessit, ut liberis mentecaptis substituere possent modo haud absimili, quam quo patri impuberibus liberis in potestate substituere licet. Eo jure parentes si usi forent, ad substitutionis pupillaris exemplum omnia mentecapti bona substituto deferri jussit, si is in eadem mentis constitutione decederet *l. 9. C. de impub. & al. substitut. & §. 1. h. t.* Cum igitur ejusmodi substitutionem Justinianus ad exemplum pupillaris indulserit, recte eam interpretes *quasi pupillarem* appellant. Diversa autem est utriusque substitu-

tionis ratio, & diversum utriusque fundamentum. Pupillaris enim, ut supra vidimus, e patria potestate manat; quasi pupillaris e caritate potius parentum in liberos. Proinde substitutio isthæc in multis a pupillari recedit. Primo enim tantum impuberibus in potestate positis pupillariter substituere licet. Verum quasi pupillariter substituere parentes possunt liberis etiam extra sacra paterna constitutis. Hinc non solum pater, aut avus emancipatis liberis, sed ipsa quoque mater, aut avia ita substituere non prohibentur. Dignitas tamen virorum exposcit, ut in utriusque parentis concursu patris potius substitutio præferatur, ut recte rem definit Baldus ad *d. l. 9. C. de impuber. & al. substitut.* Tantum æquitas ipsa suadet, ne id extendatur ad bona, quæ ab ipsa matre in filium profecta fuerint. Deinde in substitutione pupillari liberius est parentis arbitrium, & ipsos fratres impuberis præterire non prohibetur. Verum in substitutione quasi pupillari id ipsum parenti non licet. Mentecapto enim extraneus substitui tandem poterit, si is liberis, fratribusve careat. Si plures tamen mentecapto sint fratres, eorum unum substituisse sat erit. Conf. Doctores ad *l. 9. C. de impub. & al. substitut.*



TI.

TITULUS XVII.

Quibus modis testamenta infirmantur.

AD hereditatis delationem satis haud erit, justum ab initio testamentum esse, nisi & ejusmodi inveniatur in testatoris obitu. Hinc testamenta rite ab initio ordinata ob vitium superveniens inutilia persæpe fiunt. Recte autem ab initio testamenta facta infirmari solent aut ipso jure, vel officio judicis. Ipso jure testamenta infirmantur, si rumpantur, irrita fiant, aut destituantur. Infirmantur officio judicis, si rescindantur per inofficiosi querelam. Utrumque juris articulum hoc, & insequenti rubrica enarrabimus.

II. Primo igitur testamentum recte ordinatum inutile fiet, si ruptum fortasse fuerit. Rumpi dicitur testamentum, si, in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitietur §. 1. *h. t.* Id autem fieri potest non solum agnatione postumi, sed posteriori etiam testamento. Generatim enim primum testamentum posteriori rumpitur, si posterius testamentum recte sit ordinatum §. 2. *h. t.* Id adeo verum est, ut, licet ex posteriori testamento non extet heres, primum quoque rumpatur. Proinde si heres in posteriori testamento scriptus aut vivo testatore decesserit, aut defectus conditione fuerit, aliove quo modo heres haud extiterit, res in causam intestati redit. Nam primum testamentum haud stabit, utpote a posteriori ruptum: posterius etiam firmitate carebit, cum ex

eo hereditas non fuerit adita *d.* §. 2. *h. t.* Cum vero heres ex certa re scriptus heres ex asse fiat *l.* 10. *ff. de hered. instituend.* si quis in posteriori testamento ex certa re heres instituatur, is & totam nanciscetur hereditatem, & prius testamentum rumpetur. Enimvero si in posteriori testamento primum quoque testator valere jusserit, tacitum fideicommissum ab eo factum videri debet. Heres igitur in posteriori testamento scriptus re sibi data contentus, aut, si maluerit, quarta Trebellianica ei suppleta, reliquam hereditatem jure fideicommissi restituet heredi in priori testamento scripto §. 3. *h. t.*

III. Causa autem, cur primum testamentum posteriori rumpatur, a veteri Romanorum jure desumi debet. Nimirum & in calatis comitiis testamenta condebantur olim, & ea, ut supra monuimus, totius populi leges esse fingebantur. Quemadmodum igitur lex posterior priorem tollit, licet eam expresse non abroget, ita posterius testamentum priori derogat, licet aperte revocatum non fuerit. Adeo autem certi juris est, primum testamentum posteriori rumpi, ut, si caveat testamento testator, ne posterior sua voluntas priori deroget, ea clausula ejus arbitrium non impediat. Ea igitur in specie posterius testamentum priori etiam derogabit *l.* 22. *princip. ff. de legat.* 3. Id ita placuit, ut liberrimum esset extremum voluntatis arbitrium, post quod testator aliud velle non potest.

IV. At vero si quis post testamentum conditum intestatus obire malit, is testamenti tabulas incidere, delere debet *l.* 1. §. 8. *ff. si testament. tabul. null. extab.* Donec id factum non fuerit, heredi

redi legitimo non proderit, si testator coram septem testibus testamentum valere se nolle dixerit. Si enim, ubi per mortalitatem, aliamve causam perfectum haud fuerit posterius testamentum, quod quis faciendum susceperit, primum testamentum ruptum videri non debet §. 7. *h. t.* multo minus ruptum dici poterit testamentum, si nudis verbis coram testibus id revocatum a testatore fuerit. Olim quidem ex Honorii, & Theodosii constitutione per solum decennii lapsum sine revocatione quoque testamentum tacite revocatum intelligebatur *l. 6. C. Theodos. de testam.* Ex constitutione tamen Justiniani hodie solus decennii lapsus testamentum haud infirmat, nisi & coram testibus saltem tribus revocatum fuerit *l. 27. C. eod.* Igitur ante decennii lapsum per declarationem coram septem testibus factam testamentum revocari nequit. Ceterum casus in jure non desunt, in quibus testamentum rite perfectum ab imperfecto posteriori rumpitur. Id autem primo fiet, si in posteriori testamento imperfecto heredes liberi scripti fuerint. Nam ejusmodi testamentum, quod ad liberos quidem, privilegio prorsus militari censetur *l.* 21. §. 1. *C. de testam.* Deinde idem admitti placuit, si in posteriori testamento, quinque saltem testibus adhibitis, legitimi scripti fuerint heredes *d. l.* 21. §. 3. *C. eod.*

V. Ipso etiam jure infirmantur testamenta, quæ *irrita* fieri dicuntur. Irritum testamentum fieri dixere veteres, si, eo rite condito, capitis deminutionem passus esset testator, quæcumque ea foret, maxima, media, minima §. 4. *h. t.* Scilicet per maximam capitis deminutionem quis servus fiebat, per mediam peregrinus, per minimam

 filius-

filiusfamilias. Proinde quamcumque capitis deminutionem subiisset testator, testamentum incidebat in casum, unde non poterat per leges incipere. Testatorem enim liberum, civem, ac patremfamilias non solum testamenti tempore, sed & mortis oportebat esse §. *6. h.t.* Necessario igitur irritum quoque fiebat testamentum eorum, qui servi pœnæ fuissent effecti. Enimvero quatenus ob servitutem pœnæ irrita apud nos testamenta fiant, & quatenus hodie Neapolitani mores in ea re ab jure civili recesserint, exequutus sum *in jur. Regn. libr.* 1. *tit.* 10. §. *6.* Illud autem in jure civili singulare est, quod, si quis pœnæ servitutem per voluntariam mortem effugiat, & mori potius, quam damnari maluerit, irritum ejus testamentum fiat *l. 6.* §. 7. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Id ipsum tamen intellige, si ob conscientiam criminis mortem quis sibi consciverit. Nam, ut scribit Ulpianus, *si qui id egerint tædio vitæ, vel valetudinis adversæ impatientia, vel jactatione, ut quidam philosophi, in ea causa sunt, ut eorum testamenta valeant d. l. 6.* §. 7. *ff. eod.*

VI. Jam vero licet, subtilitate juris inspecta, irrita omnino testamenta fierent eorum, qui capitis deminutionem passi essent, ejusmodi tamen testamenta non prorsus negligebat edicto Prætor. Si enim ob capitis deminutionem irritum factum testamentum esset, heredi in eo scripto bonorum possessionem dabat edicto Prætor, si testator decessisset civis, & sui juris §. *6. h.t.* Id ipsum tamen generatim admitti non debet. Nam perperam quidem Tribonianus ex Prætoris edicto convalescere generatim scribit testamenta irrita per capitis deminutionem facta *loc. cit.* Nimirum ejusmodi te-

sta-

stamenta ex Prætoris edicto convalescere docuere veteres, si ob maximam, mediamve capitis deminutionem ea irrita evasissent *l. 6.* §. 12. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Verum si ob minimam capitis deminutionem irritum testamentum fieret, id ex Prætoris edicto non aliter convalescere poterat, quam si ad status redintegrationem recens voluntas accederet, qua testamentum confirmaretur. Rem aperte loquitur Papinianus *in l.* 11. §. 2. *ff. de bonor. possess. secund. tabul.* Discrimen inde manavit, quod maximam, mediamve capitis deminutionem patrefamilias subeunte, contra ejus voluntatem irritum fit testamentum. Eo igitur in integrum restituto, ac sublato publici juris impedimento, ex ipsius voluntate ratum testamentum manet. Contra qui se dat adrogandum post conditum testamentum, is bona sua omnia ultro transfert in potestatem adrogatoris. Per adrogationem igitur a veteri voluntate recessisse præsumi debet, neque heredes sibi esse velle, quos testamento scripsit. Proinde ea in specie sine nova testamenti confirmatione Prætor bonorum possessionem non dabat.

VII. Denique ipso etiam jure infirmatur testamentum, si ex eo nemo heres extiterit *princip. instit. de heredit. quæ ab intestat. defer.* Ea autem in specie testamentum *desertum*, vel *destitutum* dixere veteres *l. 9.* §. 2. *ff. de liber. & postum.* Destituitur igitur testamentum, seu scriptus heres noluerit, seu nequiverit heres esse §. 7. *instit. eod.* Olim vero cum, hereditate agnita, ultra vires hereditarias teneretur heres, ipsi heredes hereditatem eum ob metum sæpiuscule omittebant. Verum hodie post inventarii beneficium a Justinia-

niano repertum eam ob causam hereditas repudiari vix solet. Ut enim suo loco liquebit, ubi inventarium rite fuerit ab herede confectum, ultra vires hereditarias is conveniri non potest. Proinde ob casum impotentiæ tantum destitui hodie testamenta solent. Falso autem docuere quidam, ex jure novissimo fideicommissarios, legatarios hereditatem adire posse, si eam scriptus heres adire nolit. In eam vero sententiam perperam trahunt *novell.* 1. *c.* 1. Siquidem ibi Justinianus non de casu cavet, quo scriptus heres hereditatem adire nolit, sed de herede potius, qui post aditam hereditatem intra annum defuncti mandatum aliquod implere detrectat: ea autem in specie Justinianus ad legatarios, vel fideicommissarios hereditatem deferri jubet *d. novell.* 1. *c.* 1. Conf. Stryk. *in jur. modern. pandect.* 28. 3. 12. & Gudelin. *de jur. noviss. libr.* 2. *c.* 9.

TITULUS XVIII.

De inofficioso testamento.

Testamentum officio judicis, seu per sententiam infirmari dicitur, si rescindatur per inofficiosi querelam. Per eam enim testamento rescisso, qui injuste exheredati, aut præteriti fuerint, hereditatem evincunt, & res ad causam intestati redit. Querela igitur instituta, duo consequi solet actor; primum, ut nulla habeatur testamenti ratio; alterum, ut ipsi, tamquam ab intestato, adjudicetur hereditas. Proinde inofficiosi que-

querela non præparatio petitionis hereditatis censeri debet, sed hereditatis potius ipsa petitio. Hinc agentem filium inofficiosi querela hereditatem petere scribit Ulpianus *in l.* 8. §. 8. *ff. de inoffic. testam.* Ea autem actio querela inofficiosi dicitur, quia per eam actor se exheredatum, præteritumve contendit contra pietatis officium. Parentum enim officium est, hereditatem liberis destinare: id & leges jubent, & ipsi parentes exoptant. Hinc parens, qui manu sua filium scripsit heredem, *dulci officio functus* dicitur *in l.*1. *C. qui sib. ascrib. in testam.* Conf. Bynkersh. *observat.* 1. 19. Olim quidem ob latissimam illam testandi licentiam patrifamilias in jure Decemvirali concessam inofficiosi testamenti actio apud Romanos ignota fuit. Ipsos igitur liberos in potestate positos, ut occidere, ita & exheredes scribere impune licebat. Enimvero ubi a prisca sanctimonia descivere Romani, testatores non defuerunt, qui injustis de causis liberos aut exheredarent, aut præterirent: liberis quoque deficientibus, parentes, aliosve cognatos caritate proximos ab hereditate prorsus excluderent. Proinde inofficiosi testamenti querelam institutam oportuit, qua, testamento rescisso, injuria isthæc arceri posset.

II. Quod autem ad hujus actionis originem, dissidium fecerunt interpretes. Post Duarenum ad *tit. de inoffic. testam.* quibusdam placuit, eam a Principum constitutionibus repetendam esse. Contra alii cum Cujacio statuunt, eam lege Glicia fuisse introductam *observat.* 14. 14. Utraque tamen sententia facile refelli potest. Nam antequam Principes imperitarent, inofficiosi actio apud Romanos ignota non fuit Valer. Maxim. 7. 7. De

lege

lege autem Glicia nil certi hactenus produci potuit. Proinde lubens ego prætulerim eorum sententiam, qui inofficiosi querelam auctoritate jurisconsultorum introductam existimant; solitis etiam ipsorum subtilitatibus inventam eam fuisse. Ita enim, salva juris reverentia, eorum testamenta facile rescindi poterant, qui honorem sanguini denegassent. Eo autem ita devenerunt jurisconsulti. Jure civili furiosis non erat testamenti factio: furiosi autem hominis videbatur ab hereditate prorsus excludere liberos, aliosve caritate proximos. Inde concluserunt jurisconsulti, rescindi oportere testamentum inofficiosum, veluti a furioso factum. Hinc ubi ejus rescissionis causam jurisconsulti reddunt, eam a dementia, vel furore testatoris repetunt. Vide *l.* 2. *ff. de inoffic. testam.* Enimvero querela isthæc ab Justiniano certa lege definita fuit *novell.* 115. Hodie igitur eis, qui contra pietatis officium exheredati, vel præteriti fuerint, ab ipsa lege succurritur, neque eam ob causam ad dementiæ prætextum deveniri debet. Conf. Bynkersh. *observat.* 2. 12. At vero inofficiosi actio non datur cognatis omnibus, sed solis liberis, parentibus, fratribus. Si qui remotiores cognati fuerint, eos melius facturos Ulpianus ait, si se inani sumptu non vexent *l.* 1. *ff. eod.* Cum igitur soli liberi, parentes, ac fratres agere inofficiosi possint, primum de liberorum, deinde parentum, postremo de fratrum querela pro instituto videbimus.

III. Primum omnium cum lex quædam naturæ tacita liberis addicat parentum hereditatem, in querela inofficiosi cognatis omnibus liberos ipsos jus civile præfert *princip. h. t.* Eis vero sine di-

scri-

scrimine querela competet, masculi sint, seu fœminæ, seu nati, seu postumi §.1. *&* 2. *h. t. &* *l. 6. princip. ff. eod.* Nil interest etiam, in potestate sint liberi, an emancipati, primi, an ulterioris gradus, ex masculis descendant, an fœminis *l.* 8. *princ. ff. de bonor. possess. contr. tabul. &* *l.*5. *ff. de inoffic. testam.* Neque tamen omnibus promiscue liberis agere inofficiosi licet, sed iis tantum, qui succedere possunt jure seu civili, seu prætorio. Proinde seu vulgo quæsiti, seu concubinatu suscepti paterni testamenti respectu querela carent: paterni testamenti inquam: matris enim respectu ea de causa agere non prohibentur *l.* 29. §. 1. *ff. eod.* Competet autem querela liberis inique seu exheredatis, seu præteritis *princ. h. t.* Exheredatos intellige aut a patre, aut parente paterno. Nam liberis, qui a patre, vel paterno parente exheredati non fuerint, non opus querela est: ii enim præteritionis vitio nullum dicere testamentum possunt. Vide, quæ supra monuimus *tit.* 13. §.1. *& sequ.* Præteritos eos intellige, qui a matre, aut parente materno solo silentio exheredati fuerint. Matri enim, & materno parenti solo silentio liberos exheredare licet. Filiis igitur a matre præteritis, tamquam si expressim exheredati forent, ad rescindendum matris testamentum solùm remedium querelæ patet *d. l.* 8. *princ. ff. de bonor. possess. contr. tab.*

IV. Porro ut a querela filius excluderetur olim, justa de causa exheredandus, aut prætereundus erat: judicio autem centumvirali definiri solebat, utrum justa de causa id factum esset. Valer. Maxim. 7. 7. 1. Ipsam tamen exheredationis, aut præteritionis causam testamento inseri non oportebat. Causa

sa enim haud adscripta, testamentum valebat adhuc, neque aliud filio relinquebatur, quam ut ostenderet, se immerito exheredatum esse *l.* 5. §.1. *ff. de inoffic. testam.* Verum hæc ferme omnia immutavit Justinianus. Primo enim litibus perimendis opportunum existimans, exheredationis causas certas esse, eas quatuordecim esse jussit *novell.* 115. *c.* 3. Ibidem ab Imperatore cautum, ut earum causarum aliqua testamento insereretur. Hinc duo disceptant interpretes; primo scilicet, an recte filius exheredetur ex alia causa æqui gravi, vel graviori, licet in prædicta novella non contineatur: deinde an valeat testamentum, in quo exheredationis, vel præteritionis causa non fuerit inserta. Quod ad primum, complures existimant, frustra exheredari, vel præteriri liberos ob alias causas æque graves, vel graviores. Ejus sententiæ patroni ab ipsa Justiniani mente argumentum desumunt. Aiunt scilicet, ejusmodi causis definiendis Justinianum judiciorum incertitudinem arcere voluisse; alias igitur exheredationis, aut præteritionis causas admitti non oportere, ne contra Justiniani providentiam res redeat ad vetus incommodum. Negari quidem non potest, eam sententiam Justiniani menti esse apprime consonam: verum ipse Imperator viam ostendisse videtur, qua contra ipsius mentem sexcentæ aliæ exheredationis causæ admitti debeant. Nimirum inter exheredationis causas eam quoque recenset Justinianus, si parenti filius *gravem, & inhonestam injuriam ingesserit d. novell.*115. *c.* 3. §. 2. Injuria sexcentis modis inferri potest. Igitur post ipsam Justiniani providentiam exheredationis causæ & complures effingi possunt, & incertæ videri debent. Conf. Bynkersh.

kersh. *observat.* 5. 5. Quod ad alterum, ratum ab initio testamentum existimandum videtur, licet exheredationis, vel præteritionis causa in eo non inferatur. Nam causæ expressionem non ibi præscribit Justinianus, quasi internam aliquam testamenti solemnitatem, qua omissa, testamentum ab initio nullum censeri debeat. Interest tamen, utrum exheredationis causa in testamento adjecta, an omissa fuerit. Si enim inserta testamento fuerit exheredationis causa, ejus falsitatem ipse filius debet ostendere. Sin ea in testamento fuerit omissa, heres probare debet, justa de causa filium exheredatum esse. Vide Noodt. ad *pandect. h. t. n.* 7.

V. Post liberos parentibus querela datur. Turbato igitur mortalitatis ordine, liberorum est, hereditatem parentibus superstitibus solatii loco relinquere. Si, neglecto pietatis officio, secus liberi testamento caveant, adversus impia eorum judicia parentes querelam instituere poterunt §. 1. *h. t.* Inofficiosi autem agere parentes possunt nullo discrimine, seu exheredati, seu præteriti fuerint. Silentium enim liberorum respectu parentum pro exheredatione est. Ad querelam vero instituendam in parentibus nil ultra requiritur, quam ut liberis succedere possint jure seu civili, seu Prætorio. Cum igitur hereditatem filii spurii, aut naturalis jus Romanum matri ab intestato deferat, ipsa meretrix, aut concubina adversus testamentum filii querela uti non prohibetur. Id autem ad servandam æqualitatem necessario admitti debet. Nam adversus matris testamentum quoque filii naturales, aut spurii recte querelam instituunt *l.* 29. §. 1. *ff. de inoffic. testam.* Id ipsum tamen ad spurii, vel naturalis patrem extendi

tendi non debet. Spurii enim pater incertus est: naturali autem filio concubinum jus vetat ab intestato succedere. Quod vero de liberis supra monuimus, parentes etiam querelam tandem instituere poterunt, si injuste seu exheredati, seu præteriti fuerint. Ad Justinianum autem usque incertæ fuere causæ, ob quas parentes a liberis exheredari, vel præteriri possent. Is primus ad tollendam juris incertitudinem octo tantum ob causas a liberis parentes exheredari, vel præteriri concessit. Eæ prostant *in novell.* 115. *c.* 4.

VI. Quod ad querelam fratribus competentem, libera Republica æque cum liberis, & parentibus fratres saltem consanguinei de inofficioso fratris testamento queri fortasse poterant. Si enim inofficiosi actio amicis concedebatur Valer. Maxim. 7. 8. multo magis eam fratribus concessam oportuit. Verum Pauli jurisconsulti ævo ea de causa fratribus tandem licebat agere, si in fratris testamento libertus, aut extraneus institutus esset *l.* 31. §. 1. *ff. de inoffic. testam.* Extranei dicuntur apud Paulum, qui alterius sunt municipii, ut recte docuit Jacobus Gothofredus ad *l.* 1. *C. Theodos. de inoffic. testam.* Atque hæc olim de querela fratrum jurisprudentia Romana fuit ad Constantinum usque. Is primus querelam fratres habere jussit, si aut liberti, vel infames, vel levis etiam notæ macula aspersi homines scripti fuissent heredes *l.*1. *&* 3.*C.Theodos. eod.* Recte autem *loc.cit.* Gothofredus observat, ex constitutione Constantini fratres ea tandem de caussa agere potuisse, si & consanguinei saltem forent, & in eadem familia esse pergerent. Verum Justinianus primo ad sorores etiam consanguineas querelam extendit *l.*27. *C. eod.*

De-

Deinde ſorores etiam uterinas tacite ſaltem ad querelam admiſit *novell.* 118. *c.* 3. Ibi ſcilicet ad ſucceſſionem legitimam ſorores uterinas una cum conſanguineis admitti juſſit Juſtinianus. Si igitur uterinæ una cum conſanguineis ab inteſtato ſuccedunt, æque ac conſanguineæ querelam inſtituere poterunt, ſi præteritæ teſtamento fuerint. Saltem conſanguinearum victoria uterinis etiam prodeſſe debet: nam inteſtatum patremfamilias querela facit *l. 6.* §. 1. *ff. de inoffic. teſtam.* Paſſim autem ſtatuere doctores, ex *novell.* 22. *c.* 46. *& ſequ.* tres etiam ob cauſas fratres, ac ſorores ſeu exheredari, ſeu præteriri poſſe. Probabilior tamen videri debet ſententia exiſtimantium, nullas cauſas in jure definitas ea de re in perſona fratrum; eos pro lubitu teſtatoris præteriri poſſe; eis querelam tandem inſtituere licere, ſi turpis perſona ſit inſtituta. Conf. Samuel de Cocç. *in jur. controverſ. libr.* 5. *tit.* 2. *quæſt.* 9.

VII. Hactenus quidem oſtendimus, ſolos liberos, parentes, fratres, ſorores querelam inſtituere poſſe. Iidem tamen non æque omnes ad querelam veniunt, ſed quo quiſque ordine ad legitimam ſucceſſionem admittitur. Enimvero ſi quis ordine, vel gradu prior querelam expertus haud fuerit, ſeu quia noluerit, ſeu quia nequiverit, ſequens ordine querelam inſtituere poterit. Proinde ſi quis liberos exheredarit, & adverſus filios pronunciatum fuerit, juſta de cauſa exheredatos eſſe, pater ordine proximus recte querelam inſtituet *l.* 14. *ff. de inoffic. teſtam.* Victis enim in querela liberis, de ſua injuria parens experiri poteſt. Nam liberis quidem ingratis teſtator uſus parentem optimum habere potuit. Ceterum cum inteſtatum patrem-

familias querela faciat *d. l.6. §.1. ff. eod.* si unus sit testatori filius, is totam hereditatem per querelam evincet: sin vero plures, cuique tantum ex hereditate dabitur, quantum habiturus fuisset, patre sine testamento mortuo. Inspecto autem jure novissimo, si admissa fuerit inofficiosi querela, paterfamilias partim testatus, partim intestatus plerumque obit. Cautum enim a Justiniano fuit, ut, per querelam testamento rescisso, heredis tantum institutio rescinderetur; verum legata, fideicommissa, & reliqua testamenti capita firma consisterent *novell.* 115. *c.* 3.

VIII. Atque hi quidem querelæ erunt effectus, si intentionem suam implerit actor. Cum tamen judicium istud injuriosum videretur adversus defuncti memoriam, eum, qui victus querela foret, amittere voluere veteres, quicquid testamento accepisset: id autem tamquam indigno ablatum fisco vindicatur *l.* 8. §. 14. *ff. de inoffic. testam.* Verum id ipsum in eo tantum admittendum edicit Ulpianus, qui in lite ad sententiam usque perseveraret. Si quis enim a querela destitisset, vel decessisset ante sententiam, ei injuriam adversus defunctum leges remitti jubent. Nam in dubio voluntatis eventu resipiscentiam in actore leges præsumunt *d. l.*8. §. 14. *ff. eod.* Rursus cum ob crimen alterius alteri damnum inferri non debeat, si alteri restituendum esset, quod testamento legatum foret actori, id ei tanquam indigno non adimebatur *d. l.* 8. §. 14. *ff. eod.* Non adimebatur actori quoque legatum, si officii necessitate compulsus oppugnaret alieno nomine testamentum. Eo pertinet tutoris exemplum, qui non amittit, quod ei testamento relictum fuerit, si pupilli exhere-
dati

dati nomine de inofficioso egerit §. 5. *instit. h. t.*

IX. Ex dictis hactenus aperte liquet, querelam inofficiosi odiosam censuisse veteres. Quemadmodum igitur res alias odiosas coercent leges, ita in complusculis quoque casibus querelam denegant. Hinc *ultimum adiutorium* querela dicitur *in l. ult. C. de liber. præter.* Primo igitur ad hoc judicium deveniri non debet, quoties alia via hereditatis vindicandæ patet §. 2. *h.t.* Proinde cum filii a patre præteriti vitio præteritionis nullum ab initio dicere testamentum possint, ad querelam non admittuntur. Deinde querela filius uti non potest, si ei renunciarit seu palam, seu per consequentiam *l.* 17. *ff. de inoffic. testam.* Palam querelæ renunciant, qui expresse testantur, ad eam venire se nolle: per consequentiam querelæ renunciant, qui facto aliquo testamentum probant. Ita quidem per consequentiam querelæ renunciatum videbitur, si quis post patris obitum testamento subscribat, se consentire *l.* 31. §. 4. *ff. eod.* Post patris obitum inquam. Si enim in vita parens cum filio paciscatur, ne post mortem suam querelam instituat, eam filius instituere non prohibetur. Nam meritis potius, quam impiis pactionibus ad paternum obsequium provocandi sunt liberi *l.* 35. §. 1. *C. eod.* Rursus querela perimitur, si ea intra quinquennium instituta non fuerit *l.* 8. §. *ult. ff. eod.* Intercidit quoque querela per ipsius exheredati mortem, si ea ante ipsius obitum non sit præparata. Præparata autem querela videbitur non solum per litis contestationem, aut oblationem libelli, sed per simplicem quoque litis comminationem *l.* 7. *ff. eod.* At vero querela non præparata ne in liberos quidem suos heredes jure

veteri tranfmitti poterat. Secus tamen Juftiniano placuit. Is enim querelam non præparatam in liberos tranfmitti juffit *l.*34. *C. eod.* Denique querela ceffat, fi bona mente exheredatus fuerit a patre filius. Ita quidem querela denegatur, fi, nepotibus inftitutis, filius prodigus exheres effe jubeatur, eique tantum alimenta legentur *l.* 16. §. 2. *ff. de curat. furiof.*

X. Porro ad excludendam querelam legitima illis eft relinquenda, quibus querelam inftituere licet. Legitima, jure pandectarum infpecto, pars hereditatis eft quarta *l.* 8. §. 8. *ff. de inoffic. teftam.* Seu unus autem, feu plures fint illi, qui querelam inftituere poffunt, eis una tantum quarta debetur inter omnes æque dividenda §. 6. *inftit. h. tit.* Quartam computari placuit, deducto ære alieno, impenfa funeris, ac fervorum manumittendorum pretio *d. l.*8. §. 9. *ff. eod.* Jure autem pandectarum olim uniufmodi legitima fuerat, feu plures, feu pauciores effent illi, quibus querela competeret. Verum Juftinianus legitimæ quantitatem auxit; eamdem pro diverfo liberorum numero juffit diverfam effe. Si enim liberi quatuor, aut pauciores forent, legitimam minorem effe triente noluit; fin plures effent, eam ad femiffem pertingere juffit. Eamdem legitimæ quantitatem Juftinianus obfervandam edixit *in perfonis omnibus, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio lege de inofficiofo decreta foret novell.*118. *c.* 1. Ea autem verba fat arguunt, legitimam auctam ab Juftiniano fuiffe non minus in liberis, quam in parentibus, aliifve, quibus querelam inftituere licet. Ceterum jure veteri fi minus legitima legatum effet, adhuc erat querelæ locus. Secus tamen

men Justinianus edixit. Nam ne testamenta rescinderentur, ab eo cautum, ut, si minus legitima legatum esset, non institueretur inofficiosi querela: rato igitur testamento manente, legitimæ tantum supplementum peti concessit *l.30. princ. C. de inoffic. testam.* Eam tamen legitimæ suppletionem fieri jussit Justinianus ex ipsa testatoris hereditate. In legitimam igitur imputari nequit, si quid jure adventitio ad filium fortasse perveniat *l.36. princ. C. eod.* Idem Justinianus ad arcendam exheredationis injuriam legitimam totam, ejusve partem institutionis titulo relinqui jussit *novell.* 115. *c.3.* Nam olim quidem querela cessabat, quocumque modo legitima accepta foret seu jure legati, seu fideicommissi, seu donatione inter vivos, mortisve causa §. *6. h. t.*

TITULUS XIX.

De heredum qualitate, & differentia.

PRo ipsorum heredum diversitate diverse hereditas acquiri potest. Proinde diversos hereditatis acquirendæ modos hic enarraturus Tribonianus *de heredum qualitate, & differentia* hic titulum interponit. Triplex autem heredum genus jus civile distinguit, *necessarios* scilicet, *suos & necessarios*, *extraneos* denique *princ. h. t.* Heres necessarius dicebatur olim servus ab ipso domino heres testamento scriptus. Heres necessarius appellatus is fuit, quia, vellet, nollet, statim post testatoris obitum necessitate juris, ac sine aditione fiebat heres §. 1. M 3 *h. t.*

h. t. Frequenter autem servos suos heredes instituebant domini, qui facultates suas suspectas haberent. Deserto scilicet testamento ejus, qui solvendo non esset, ipsius bona post mortem publice vendebantur. Bonis vero ita divenditis, infamia quadam defuncti memoria credebatur aspergi. Quapropter ad eam ignominiam amoliendam concessum fuit civi Romano, ut ei liceret, heredem servum suum testamento scribere. Ita enim servi potius nomine vendebatur hereditas, & a defuncto ea infamia arcebatur. Quæcumque autem facultates hereditatis forent, servus liber, & heres factus necessitate juris omnia defuncti debita adigebatur exolvere. Cum vero heredis necessarii ea conditio durior videretur, ei solatii loco concedi placuit, ut separationem bonorum petere posset. Ea autem impetrata, non ultra vires hereditarias tenebatur libertus. Si quid igitur vel fortunæ beneficio, vel amicorum liberalitate, vel industria sua quæsivisset, id ei a creditoribus auferri non poterat *l.* 1. §. 18. *ff. de separat.*

II. Heredes sui, & necessarii dicuntur in jure liberi, qui in potestate morientis sunt, & primum obtinent in familia locum §.2. *h. t.* Ii autem sui heredes sunt appellati, quasi proprii, & naturales heredes: proinde eos heredes domesticos appellat Tribonianus *d.* §. 2. *h. t.* Vide Jan. a Cost. ad *princ. inst. h.t.* & Anton. Schulting. ad *Caii instit.*2. 3.*n.*51. Ex suitate autem manat, ut liberi ipso jure, ac sine aditione fiant heredes *l.*14. *ff. de suis, & legit.* Inde fit, ut in suo herede quasi continuetur defuncti dominium, & suo herede superstite, hereditas jacens dici non possit *l.* 11. *ff. de liber. & postum.* Sui vero heredes here-

des

des quoque sunt necessarii. Et ipsi enim exemplo servorum patris hereditatem repudiare nequeunt, nisi necessitas isthæc eis a parentibus remissa testamento fuerit *l. 86. princ. ff. de hered. instit.* Ea igitur necessitate liberi creditoribus, & reliquis oneribus hereditariis obstringebantur inviti, neque damnosam parentum hereditatem repudiare poterant. Enimvero eos miseratus edicto Prætor ex necessariis heredes voluntarios esse jussit, concesso liberis beneficio se abstinendi a parentis hereditate §. 2. *h. t. & l. 57. princ. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Ubi enim eo beneficio liberi usi forent, effectu juris repudiata intelligebatur hereditas, & a paternis creditoribus conveniri non poterant *d. §. 2. h. t.* Eo tamen beneficio Prætor liberis prodesse, non obesse voluit. Necessitatem igitur, non suitatem eis ademit. Suitas enim filiis in compluscülis juris articulis utilis videbatur. Inde regula juris orta, sine herede non mori, qui suum heredem licet abstinentem habet *l. 30. §. 10. ff. de fideicomm. libertat.* Neque putes, id in nuda subtilitate consistere. Inde enim, ut omittam alia, intelligitur, cur nudum sui heredis nomen confirmet substitutionem pupillarem filio a parente factam *l. 41. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Id autem eo magis adverti debet, quia alias, ut supra vidimus, deserto testamento patris, pupillaris substitutio infirmatur.

III. Quod ad heredes extraneos, ejusmodi sunt heredes generatim omnes præter servos, & liberos in potestate positos §. 3. *instit. h. t.* Igitur & extranei heredes sunt patri emancipati liberi, & extranei heredes sunt matri filii. Nam & emancipati liberi patris potestati non subsunt, & fœmi-

næ patria potestate non utuntur in filios *d.* §. 3. *h. t.* Proinde suspectus censeri debet Caii locus 2. *instit.* 3. 6. Ibi enim heredes extranei definiuntur, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur. Ut enim constat, arctissimo propinquitatis vinculo filius matri jungitur, ei tamen est heres extraneus.

IV. Porro ut heredibus extraneis testamento hereditas deferri possit, ii testamenti factionem, quam *passivam* vocant, habere debent §. 4. *h. t.* An cuiquam sit testamenti factio, in pura quidem institutione ex duobus temporibus decerni debet; primo scilicet ex testamenti tempore, ut ab initio secundum Catonianam regulam utilis sit institutio; deinde ex testatoris obitu. Quod si conditionalis sit institutio, tempore conditionis existentis etiam testamenti factionem heres habere debet *d.* §. 4. *h. t.* Ut igitur decernatur, an cum herede sit testamenti factio, in pura institutione duo, in conditionali tria tempora spectari debent: juris mutationes intermedio tempore contingentes ei non obsunt. Neque regeras, Tribonianum hereditatis etiam adeundæ tempore testamenti factionem in herede requirere *loc. cit.* Id enim eo pertinet, inutilem mortis tempore testamenti factionem in herede esse, nisi & eam habeat, quo tempore hereditatem adit. Conf. Vinn. *d.* §. 4. *h. t.* Sed, his omissis, hereditatis acquirendæ modos expediamus.

V. Quod ad hereditatis acquirendæ modos, pro heredum diversitate de iis diverse pronunciari debet. Liberi in potestate positi, ut supra monuimus, heredes fiunt necessitate juris statim post patris obitum. Igitur hereditatem potius retinere, quam acquirere videntur. Inde factum, ut ubi,

be-

beneficio abstinendi per Prætorem invento, effectu juris ex necessariis voluntarii evaserunt heredes, hereditatem non dicerentur *adire*, sed ei *se immiscere*. Aditio igitur, aliusve hereditatis acquirendæ modus in extraneis tantum heredibus locum habet. Hereditatis autem ab extraneis heredibus amplectendæ voluntas facto, vel verbis indicari potest §. *6. h. t.* Si facto id quidem fiat, veluti vendendo, donando res in hereditate repertas, quis dicitur pro herede gerere: sin verbis factum id fuerit, hereditas adiri dicitur. Igitur præter aditionem, & pro herede gestionem alii hereditatis acquirendæ modi admitti non debent. Id & ratio juris evincit, & ipse Ulpianus admonet *in l. 69. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Neque vero ex eo, quod jurisconsulti frequenter aiunt hereditatem *agnosci*, inferri debet, tertium hereditatis acquirendæ modum agnitionem esse. Ita enim & admissio, susceptio hereditatis acquirendæ modus diversus esset. Nam & hereditatem *admitti*, *suscipi* sexcenties apud jurisconsultos invenies.

VI. Ex dictis hactenus facile de eorum sententia pronunciari queat, qui in cretione tertium hereditatis acquirendæ modum constituunt. Cretio enim hereditatis vix quicquam ab aditione distat. Inter utramque id tantum intererat, quod aditio nudis verbis peragebatur; cretionem & solemnibus verbis, & testibus præsentibus expediri oportebat. Hinc Varro *cernere hereditatem* nil aliud esse scribit, quam decernere heredem se esse velle *de lingu. Lat.6.* Ceterum ut totum cretionis negotium apertius intelligatur, advertendum in primis, hereditatis adititionem periculosam hodie esse; magis periculosam ante Justinianum fuisse olim, in-

inventarii beneficio nondum invento. Proinde ut maturiori consilio de re tam momentosa statueret heres, certum ei tempus indulgebatur olim, intra quod decerneret, agnoscere, an omittere mallet hereditatem. Ejus temporis definitio remittebatur Præsidis, aut Prætoris arbitrio: ii rem æstimantes religione sua plus minus spatium heredi præstituebant *l. 9. C. de jur. deliber.* Eam ob rem igitur heredes quidem fori ambagibus implicabantur; legatariis vero longo post tempore solvebantur legata. Proinde ad ea incommoda præcavenda ipsi testatores testamento tempus præfinire solebant, intra quod heredes de hereditate adeunda decernerent. Si factum id foret, *cum cretione* institutus dicebatur heres. Solemnem cretionis formulam testamentis ascribi solitam ejusmodi fuisse docet Ulpianus *fragm*: 22. 27. *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scierit, poteritque: nisi ita creverit, exheres esto.* Cum cretione institutus heres in hereditate adeunda, testibus præsentibus, ea formula utebatur. *Cum me Mævius heredem instituerit, ejus hereditatem adeo, cernoque.* Si igitur a verborum solemnitate discesseris, aliisque ritibus in cretione adhiberi solitis, aditio, & cretio non differebant. Ceterum scrupulositate sua cretio heredes prægravabat. Eam igitur exolescere jusserunt Arcadius, Honorius, & Theodosius *in l. 17. C. de jur. delib.* Cum vero hereditatis adeundæ tempus adhuc incertum esset, Justinianus annum deliberationis instituit. Hodie igitur heredes generatim omnes annum ad deliberandum habent, an hereditatem amplecti velint *l. 19. C. eod.*

VII. Atque his quidem modis hereditas ab extra-

tra-

traneis acquiri potest. Iidem, si eam repudiare malint, verbis etiam, aut facto voluntatem suam ostendent *l.* 77. *&* 95. *ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Hereditas autem ab heredibus extraneis acquiri, aut transmitti sine aditione non potest §.6. *h. t.* Enimvero beneficio Justiniani hodie hereditas licet non adita effectu juris transmittitur in heredes generatim omnes. Nimirum Justinianus heredes omnes deliberationis annum habere jussit; si ante aditionem decessisset heres, deliberationis anno nondum exacto, reliquum annalis deliberationis tempus in heredem transmitti concessit *l.*19. *C. de jur. deliber.* Cum igitur in annum deliberationis succedat heres, effectu juris in heredes quoslibet hodie hereditas transmitti potest. Maturo autem consilio heres de hereditate adeunda deliberare debet. Nam post aditionem nullus est pœnitentiæ locus, ac tantum ætate minores hereditatem aditam possunt omittere §. 5. *instit. h. t.* Alii hereditatem aditam derelinquere nequeunt.

VIII. At vero Justiniani beneficio hodie ob aditionem heredi nullus est metus, & ultra vires hereditarias conveniri nequit. Cautum enim ab Justiniano fuit, ut heres, qui rerum hereditariarum inventarium rite conficeret, ultra vires hereditarias conveniri non posset *d.* §. 5. *h. t. & l. ult.* §. 4. *C. de jur. deliber.* Rite autem fit inventarium, si intra triginta dies a scientia mortis testatoris inchoetur, intra alios sexaginta perficiatur *d. l. ult.* §. 3. *C. eod.* Si tamen heres absit, intra annum a die scientiæ inventarium seu per se, seu per procuratores perficere poterit *d. l. ult.* §. 3. *C. eod.* In inventario conficiendo non solum tres testes, & tabularius, sed & generatim omnes

ad-

advocari debent, quorum fortasse interest. Præter creditores igitur legatarii, & fideicommissarii quoque vocari debent *novell.* 1. *c.* 2. §.1. Inventario ita confecto, subscribere ei debet heres; si heres illiteratus sit, tabularius *d. l. ult.* §. 2. *C. eod.* At vero inventarium rite confectum complusculos alios in jure parit effectus. Ita quidem, ubi factum id fuerit, heres adversus legatarios legis Falcidiæ beneficio uti potest, & creditoribus posterioribus tuto solvit *d. l. ult.* §.4. *&* 6. *C. eod.* Ea tamen in specie creditores anteriores adversus creditores posteriores regressum habent. Ab eis igitur recte repetent, quod cum injuria sua posterioribus creditoribus solutum ab herede fuerit *d. l. ult.* §. 6. *C. eod.* At vero anterioribus creditoribus eum regressum concessit Justinianus, si penes heredem nihil ex hereditate supersit *d. l. ult.* §.4. *C. eod.* Proinde si sibi quartam retinuerit heres, ad quartam usque prius excuti debet heres; quod quartam excedit, a posterioribus creditoribus peti poterit. Conf. Stryk. *in jur. modern. pandect. libr.* 35. *tit.* 3. §. 1.

T I T U L U S XX.

De legatis.

TEstamentariæ successionis argumento absoluto, statim successio legitima videbatur hic subnectenda. Ita enim, toto jure successorio enarrato, reliqui per universitatem acquirendi modi enucleari commode poterant. Cum tamen vix ulla testamenta

menta scribantur, in quibus aliquid legari, aut fideicommitti non soleat, opportune Tribonianus primum de legatis, mox de fideicommissis, & reliquis rebus a testamento pendentibus sermonem instituit. Ita enim, tota re testamentaria absoluta, ad legitimam successionem enucleandam censuit expeditius procedi posse.

II. Principio definitur a Triboniano legatum *donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda* §. 1. *h. t.* Apud Modestinum pro verbis *a defuncto relicta* in definitione legati legitur *testamento relicta l. 36. ff. de legat.* 2. Verum verba isthæc consulto immutavit Tribonianus, ut definitionem accommodaret novo juri per Justinianum invecto. Jure veteri scilicet tantum in testamento legari licebat. Ita codicillis ab intestato tantum fideicommitti, non legari poterat. Verum sublato a Justiniano fideicommissorum, legatorumque discrimine, exemplo fideicommissorum hodie legata etiam in codicillis ab intestato relinqui possunt *l. 2. C. commun. de legat. & fideicomm.* Id spectans Tribonianus legata a *defuncto*, non a *testatore* relinqui definivit *d.* §. 2. *h. t.* Ita enim significabatur, etiam in codicillis ab intestato hodie legari posse.

III. Quod autem diximus, legatorum, ac fideicommissorum discrimen a Justiniano fuisse sublatum, id ne ita accipias, quasi utrumque vocabulum Imperator confundi jusserit. Nam hodie quoque si quid verbis directis relictum fuerit, legatum erit: quod precative relinquitur, fideicommissum est appellandum. Fideicommissorum igitur, ac legatorum exæquutionem eo tantum pertinere voluit Justinianus, ut porro legata, & fideicommissa non

di-

distinguerentur effectu juris. Nimirum ita receptum jus fuerat olim, ut in legatis rigor juris inspiceretur, in fideicommissis benigna voluntatis interpretatio. Eum juris rigorem in legatis Justinianus constitutione sua spectari vetuit: ita benignam illam voluntatis interpretationem in fideicommissis observari solitam extendit ad legata quoque. Si quid igitur legato deesset, quominus jure legati sustineri posset, eum legati defectum ex jure fideicommissorum suppleri jussit. Vicissim idem Justinianus si quid amplius præ fideicommissis in legatis esset, id & fideicommissis communicari voluit *l.2. C. commun. de legit. & fideicomm.* Quapropter beneficio Justiniani & privilegia fideicommissorum ad legata pertinent, & legatorum privilegia ad fideicommissa recte extenduntur. Inde fit, ut, si quid hodie ob subtilitatem juris peti nequeat jure legati, jure fideicommissi id peti possit. Indidem fit, ut fideicommisso petendo fideicommissarius hodie recte actiones instituat, quæ ante prædictam Justiniani constitutionem legatis tantum petendis institui poterant. Vide doctores ad *d. l. 2. C. de legat. & fideic.*

IV. Porro pro quadruplici olim legandi modo quatuor erant legatorum genera. Primo enim si ita legatum a testatore foret: *do*, *lego*, *capito*, *sumito*, *vindicato*, legatum videbatur *per vindicationem*. Si testator testamento cavisset: *heres meus damnas esto dare; heredem meum dare jubeo;* legatum dicebatur *per damnationem*. Si jussisset testator, *heredem sinere*, *aliquid sibi sumere legatarium*, legatum credebatur *per sinendi modum*. Denique si quid præcipuum uni coheredum testamento relictum esset, legatum *per præce-*

ptio-

ptionem appellabatur. Cuique autem legandi generi non solum diversæ formulæ, sed jus quoque diversum constitutum erat. Nam inter diversa legatorum genera differentias decem & septem collegit Merillius *observat. 6.* 33. Verum eas legatorum differentias abolevit Justinianus; eumdem etiam esse jussit legatorum effectum, quoque modo legatum esset *l.* 1. *C. commun. de legat. & fideic.* Quapropter si quæ hodie differentiæ inter diversos legandi modos in pandectis occurrunt, eas compositorum negligentiæ recte tribuit idem Merillius *var. ex Cujac.* 2. 10. His præstitutis, hunc institutionum titulum reliquis quidem prolixiorem ordinis, & memoriæ gratia in quinque capita partiemur. Primo scilicet de rebus videbimus, quæ legari possunt; deinde de personis ipsis, quibus legari potest; tertio de accrescendi jure; quarto de diversis legandi modis; postremo de errore in legando admitti solito.

V. Quod ad primum igitur, res tantum, quæ in commercio sunt, legari possunt. Si res legata sit extra commercium, ejus ne æstimatio quidem a legatario peti potest *l.*39. §. *ult. ff. de legat.*1. Si autem res non sit extra commercium, utile legatum erit, res seu propriæ, seu alienæ legentur. Nam si res aliena legata fuerit, videtur jussus heres eam redimere, ac legatario tradere. Si justo pretio res redimi nequeat, ejus justa æstimatio ab herede legatario præstari debet §. 4. *h. t.* Utrumque nihil iniquitatis habet. Proinde Pontifex rei alienæ legatum improbans falso fortasse credidit, jure civili rem suam a domino necessario vendi oportere, ut legatario præstari posset *c.* 5. *de testam.* At vero res aliena utiliter quidem legata

gata videbitur, si testator non ignorarit, eam alienam esse. Nam & res proprias facilius legare solemus, neque præsumi debet, testatorem alienæ rei redemptione heredem gravare velle *l.* 67. §. 8. *ff. de legat.* 2. Quapropter si de testatoris scientia dubitetur, legatarius potius probare debet rei alienæ in testatore scientiam. Probandi enim necessitas generatim incumbit actori *d.* §. 4. *h. t.*

VI. Rursus si cuiquam res propria legetur, & quæ in ejus pleno sit jure, inutile legatum erit. Quod enim cujusquam est, ejus amplius fieri nequit: nam ejusdem rei dominium ex pluribus titulis acquiri non potest *l.* 3. §. 4. *ff. de acquir. possess.* & §. 10. *h. t.* Enimvero cum plus veritas, quam falsa opinio valere debeat, si quis rem suam legans eam legatarii falso crediderit, legatum consistet §. 11. *h. t.* Ceterum cum rei propriæ legatum inutile sit testamenti tempore, licet res legata post testamentum conditum vendita a legatario fuerit, adhuc inutile legatum erit. Nam ex regula Catoniana quæ legata non valent, si testator decedere fingatur testamenti tempore, ea inutilia adhuc censeri debent, quocumque tempore is obeat *l.* 1. *ff. de reg. Caton.* Secus obtinebit tamen, si sub conditione legatum quid fuerit. Nam ad legata conditionalia regula Catoniana non pertinet *l. penult. ff. eod.*

VII. Cum inutile sit rei legatum ad legatarium pertinentis, dubium videri queat, an inutile adhuc sit rei legatum, quæ testamenti quidem tempore ad legatarium non pertinebat, post testamentum tamen a legatario acquisita fuerit. Ea in specie jus Romanum distingui jubet, utrum ex lucrativa, an onerosa causa rem legatarius fuerit

ade-

adeptus. Si rem adeptus is fuerit ex onerosa causa, veluti emptione, utile legatum erit, & rei legatæ pretium ab herede legatarius recte petet. Nam ex regula Romani juris cui pretium abest, res ipsa videtur abesse §. 6. *inst. h. t.* Sin legatarius rem fuerit adeptus ex lucrativa causa, legatum is frustra vindicat. Nam duæ lucrativæ causæ in eamdem rem, & personam concurrere nequeunt *d.* §. 6. *h. t.* Hinc vulgata illa in jure regula, omnes debitores rem aliquam ex causa lucrativa debentes liberari, ubi res debita ad creditorem ex alia causa lucrativa pervenerit *l.* 17. *ff. de obligat. & action.* Legati causa lucrativa est. Si cui igitur res eadem duorum testamento legetur, ubi ex altero testamento legatum acceperit, legatum ex altero vindicare non potest *d.* §. 6. *h. t.* Quod si legatarius partim ex lucrativa, partim ex onerosa causa rem legatam fuerit adeptus, eatenus recte petet, quatenus ob causam onerosam pretium sibi abest *l.* 82. §. 2. *ff. de legat.* 1. Si cui tamen legatum sit prædium, ejusque proprietatem emerit, deducto usufructu, totum prædium petere ex testamento potest, licet usumfructum ipsum ex causa lucrativa quæsierit *d. l.* 82. §. 2. *ff. de legat.* 1. & §. 9. *h. t.* Id ita placuit, quia ususfructus mera servitus censeri debet. Cum tamen ususfructus æstimationem recipiat, ad judicis officium in prædicta specie pertinebit, non ad totum fundi pretium exolvendum heredem adigere, sed eatenus tantum, quatenus in proprietatem fuerit impensum *d.* §. 9. *h. t.* & *d. l.* 82. §. 2. *ff. de legat.* 1.

VIII. Dubium etiam videri queat, quid in jure civili sit cautum, si res testamento legata ab

ipso testatore alienata fuerit. Sane si necessitatis causa testator rem legatam alienarit, legatum adhuc præstandum erit. Neque enim in ea specie præsumi potest, adimendi legati causa alienationem fuisse initam. Sin rem legatam testator ultro vendiderit, legatum peti non potest. Ex voluntaria enim alienatione adimendi legati animus præsumi debet §. 12. *h. t.* Id autem si factum fuerit, legatum adeo corruit, ut, re quoque a testatore redempta, legatum non convalescat, nisi novam testatoris voluntatem legatarius probet *l.* 15. *ff. de adim. vel transfer. legat.* Quid si legata fuerit res hypothecæ causa creditori obligata? Id quoque legatum consistet: verum rem ita obligatam luere debet heres, non legatarius. Id ipsum tamen procedet, si testator non ignorarit, rem legatam obligatam esse. Si enim id testator nesciverit, a legatario potius res lui debet §. 5. *h. t.* Nam jus præsumit, testatorem heredem suum quam minime gravare velle *l.* 67. §. 8. *ff. de legat.* 2.

IX. Jam vero legari a testatore possunt non solum res corporales, sed incorporales etiam §. 21. *h. t.* Ita quidem res incorporales legatæ videntur, si servitutes, actiones, nomina legata fuerint. Quod tamen ad nomina, ea dupliciter legari possunt. Primo enim legare quis potest, quod sibi debetur; deinde, quod ipse testator cuiquam debet. Si ipsi debitori legatum fuerit, legatum *liberationis* in jure dicitur, quia per ejusmodi legatum, effectu juris inspecto, debitor liberatur §. 13. *h. t.* Contra si quod ipse debet, testator creditori legaverit, consistet id quidem legatum, modo plus in legato sit, quam in debito. Ita quidem utile le-

ga-

gatum erit, si pure legatum fuerit, quod sub conditione debetur. Sin plus in legato non sit, legatum inutile censeri debet §. 14. *h. t.* & *l.* 29. & *sequ. ff. de legat.* 1. Quid si creditori legetur, cui a testatore nil debeatur? Summa quidem haud expressa, legatum inutile pronunciavere veteres: neque enim in ea specie definiri poterat, quantum relictum foret. Contra summa expressa, ad summæ expressæ quantitatem usque legatum censuerunt utile. Nam postrema hac in specie debiti defectus perinde censeri debet, ac falsa in legato demonstratio: falsa autem demonstratio, ut infra liquebit, legatum non vitiat. Hinc si dotem, quam non accepit, maritus uxori leget, ejusque summam designet, utile legatum erit *l.* 75. §. 1. *ff. de legat.* 1. & §. 15. *instit. h. t.*

X. Ad hunc etiam juris articulum pertinet legatum generis, & optionis, qua de re Tribonianus agit §. 22. & *sequ. h. t.* Quod ad primum, genus passim in jure dicitur, quod logici speciem vocare solent, & *individua* sub se plura complectitur; quemadmodum & speciem jurisconsulti dictitant rem aliquam certam, & numero definitam, & quæ *individuum* a logicis appellatur. Inde facile definieris, cujusmodi sit generis legatum. Utile autem generis legatum erit, modo de genere jurisconsultorum agatur. Recte igitur legatur servus, equus, & id genus alia *d.* §. 22. *h. t.* Contra logicorum genus frustra legatur. Ita quidem si legetur cuiquam animal, legatum derisorium videri debet: nam vel musca tradenda heres liberari poterit. Quod ad legatum optionis, optio legata dicitur, si cuiquam libera electio ex pluribus speciebus legata fuerit §. 23. *h. t.* Ejusmodi

legatum olim tacitam conditionem habebat, *si legatarius vivus optasset*. Ante electionem igitur legatario obeunte, ad ejus heredem legatum non transmittebatur. Secus tamen Justiniano placuit. Is enim optionis legatum purum haberi jussit. Proinde hodie, si in vita legatarius non optarit, in facultatem optandi succedit heres *d.* §. 23. *h. t.*

XI. Haud infrequenter usuvenit, ut res legata pereat. Igitur haud inutile fuerit investigare, utrum, pereunte re legata, heredis, an legatarii damno perire eam oporteat. Generatim jus Romanum edicit, omnes debitores certæ speciei per rei interitum liberari *l.* 30. §. 6. *ff. ad leg. Falcid.* Proinde si sine heredis culpa, vel mora res legata pereat, ea legatario perire debet §. 16. *h. t.* Heres tamen eatenus liberatur, quatenus res legata perierit. Proinde si rei legatæ pars tantum perierit, quod superest, legatario præstandum erit: id autem exemplo gregis ad unam ovem redacti illustrat Tribonianus §. 18. *h. t.* Secus tantum de iis est, quæ non unum corpus constituunt, & quorum alterum principale est, alterum locum accessionis habet. Nam, re principali peremta, a legatario vindicari nequeunt, quæ locum accessionis obtinent *l.* 2. *ff. de pecul. legat.* Ita quidem fundo cum instrumento legato, fundo sine necessitate alienato, instrumenti quoque legatum extinguitur §. 17. *h. t.* Enimvero quæ de re principali pereunte diximus, ea quidem obtinent, si ea perierit, testatore superstite. Si enim res legata pereat post testatoris obitum, cum semel dies legati cesserit, quicquid ex re legata supererit seu principale, seu accessorium, a legatario vindicari potest *l.* 12. *ff.* de

de pecul. legat. Sed, his omissis, videamus de personis, quibus legari queat.

XII. Quod ad personas, quibus legari jus patitur, de iis facile decerni potest. Generatim enim qui *passivam*, quam vocant, testamenti factionem habent, eis quidem recte legatur; qui ea testamenti factione carent, eis legari nequit §. 24. *h. t.* Passiva autem testamenti factione carebant olim non peregrini tantum, quique ex lege Papia non poterant ex alieno testamento capere, sed incertæ quoque personæ. Nimirum hereditas, & legatum ob testatoris benevolentiam relinqui solet. Nulla igitur videbatur habenda ratio hereditatis, aut legati personis relicti, quas testator nulla benevolentia complecti posset. Hinc, rigore juris civilis inspecto, postumi saltem alieni non solum institui, sed & legata capere vetabantur olim §. 26. *h. t.* Postumus alienus in jure dicitur, qui natus inter suos heredes testatori non nascitur *d.* §. 26. *h. t.* Verum jure Romano novissimo & postumi generatim omnes passivam testamenti factionem habent, & incertitudo personæ institutionibus, aut legatis haud obstat, si quandocumque de persona certo constare possit §. 27. *h. t.* Id autem factum constitutione Justiniani, quæ desideratur quidem in codice repetitæ prælectionis, memoratur tamen a Triboniano *d.* §. 27. *h. t.* Nunc, quod polliciti supra sumus, de jure accrescendi pauca subnectamus.

XIII. Jus accrescendi, ut infra liquebit, facit, ut vacans hereditatis, aut legati pars ad ipsum heredem, legatariumve pertineat. Id in hereditatibus quidem necessario admiserunt jurisconsulti. Nimirum inter testatum, & intestatum naturalem veluti pugnam jus civile statuerat. Deficiente igi-

tur coherede, vacantem partem hereditatis ipsis coheredibus testamento scriptis accrescere oportebat. Si heredibus legitimis ea delata fuisset, contra juris regulam partim testatus, partim intestatus decessisset defunctus. Conf.Bynkersh. *observat.* 2. 3. Licet vero eadem ratio in legata non caderet, tamen deficientem quoque legati partem legatario potius, quam heredi scripto addixerunt jurisconsulti. Nam, decerpto semel ex hereditate legato, præsumta testatoris voluntas magis legatariis in legato conjunctis, quam heredibus testamento scriptis favere videbatur. Ita primum inter collegatarios etiam receptum est jus accrescendi, si pluribus aliquid conjunctim legatum esset. Conjunctim autem tripliciter legari potest. Hinc & triplicis generis conjuncti occurrunt in jure civili. Quidam scilicet *re & verbis* conjuncti dicuntur; quidam *re* tantum; quidam *verbis* dumtaxat. Re & verbis conjuncti censentur, quibus, partibus non distinctis, eadem res eadem oratione legatur. Re igitur, & verbis conjunctio fiet, si ita legetur. *Titio, & Mævio fundum Cornelianum do, lego.* Re conjuncti existimantur, quibus res quidem eadem, diversa tamen oratione legatur. In hoc igitur legato re conjuncti legatarii erunt. *Titio fundum Cornelianum do, lego; Mævio eumdem fundum Cornelianum do lego.* His *disjunctim* legari scribit Tribonianus, quia diversa oratione vocantur §. 8. *h. t.* Hinc, quibus ita legatur, disjuncti aliquando dicuntur in jure, eisque *separatim* legari dicitur *in l.1.§.3. ff. de usufruct. accresc.* Verbis denique conjuncti sunt, quibus res quidem legatur eadem, sed partibus tamen distinctis, & quæ mente tantum intelliguntur. Hinc verbis conjun-

cti

cti erunt legatarii, si ita legetur. *Titio, & Mævio fundum Cornelianum do, lego æquis partibus.* Inter conjunctos generatim omnes jus accrescendi obtinet sine discrimine §. 8. *h. t.* Lege quidem Papia ad locupletandum ærarium jus accrescendi in pluribus speciebus fuit abolitum. Vide Heinecc. ad *leg. Pap.* 3. 11. Id ipsum tamen secundum veteris juris regulas omnino restituit Justinianus *l. un. C. de caduc. toll. & d.* §. 8. *h. t.*

XIV. Jus autem accrescendi definiri cum Cujacio queat *jus nanciscendæ, aut retinendæ partis ejus, qui non concurrit, vel concurrere desiit paratitl. de usufruct. accresc.* Verba *nanciscendæ, aut retinendæ* duplex jus accrescendi designant, ipsum jus accrescendi scilicet, & jus non decrescendi. Nimirum re & verbis, aut verbis tantum conjuncto, altero non concurrente, re vera videtur alienum legatum accrescere. In ejusmodi enim legatis ab initio pars sua cuique collegatario relicta intelligitur. Contra re tantum conjuncto, collegatario non concurrente, legatum non accrescit quidem, sed potius non decrescit. Nam in legato conjunctionis re factæ ab initio aperte legatur cuique solidum. Longe autem inter re conjunctos interest, & alios aliis modis in legatis conjungi solitos. Nam re quidem conjuncti deficientis collegatarii portionem sine onere acquirunt, si quid fortasse oneris collegatario deficienti fuerit impositum. Contra reliquis conjunctis cum onere deficientibus collegatariis imposito legatum accrescit *l. unic.* §. 11. *C. de caduc. toll.* Id ita placuit, quia re conjunctis solidum aperte relinquitur ab initio. Re igitur conjunctos onere collegatario deficienti imposito gravari non

oportebat. Verba definitionis, *qui non concurrit, vel concurrere deſiit*, eo ſpectant, ut intelligatur, jus accreſcendi locum habere non minus in proprietate, quam in uſufructu legato. Quid autem diſcriminis ea in re intercedat inter proprietatem, & uſumfructum legatum, expoſui *libr. 2. tit. 4.* §. 15. His igitur omiſſis, diverſos legandi modos enucleemus.

XV. Modi legandi complures occurrunt in jure civili. Nam & pure, & ſub conditione, & poſt certum tempus legari jus patitur. Pro diverſo tamen legandi modo diverſum jus petendi eſt. Nam, ſiquidem pure legetur, ſtatim poſt teſtatoris obitum legati dies & cedit, & venit *l. 5. princ. &* §. *1. ff. quand. dies legat. vel fideic. ced.* Dies in jure cedere dicitur, cum jam aliquid deberi cœpit, peti tamen non poteſt, niſi tempus præſtitutum jam venerit. Contra dies veniſſe dicitur, cum quod debetur, peti jam poteſt *l. 213. princ. ff. de verb. ſignif.* Si legatum ſub conditione fuerit, dies nec cedit, nec venit, niſi conditio extiterit *l. 21. princ. ff. quand. dies legat. vel fideic. ced.* Denique ſi poſt certum tempus legatum fuerit, veluti anno decimo poſt teſtatoris obitum, cedit quidem legati dies ſtatim poſt teſtatoris mortem, ſed ea non venit, niſi adjectum legato tempus advenerit *d. l. 21. princ. ff. eod.* Ceterum ex regulis quidem antiqui juris legatum ante heredis inſtitutionem factum cenſebatur inutile. Id ita placuit, quia heredis inſtitutio omnium teſtamenti capitum fundamentum exiſtimabatur. Verum legata Juſtinianus ſine diſcrimine præſtari juſſit, ſeu ante, ſeu poſt inſtitutionem heredis relicta forent §. 34. *h. t.* Poſt legatarii mortem quoque, aut heredis

redis frustra legabatur olim. Nam regula juris erat, actionem, quæ a defuncto, vel contra defunctum non incœpisset, non posse ab herede, vel contra heredem incipere. Verum ab ejusmodi subtilitatibus recedi jussit Justinianus. Is enim post mortem heredis etiam, aut legatarii legari concessit §. 35. *h. t.* Ita regulam antiquo juri contrariam constituit, eaque cavit, ut actiones ab heredibus, & contra heredes possent incipere *in l. unic. C. ut action. & ab hered. & contr. hered. incip.*

XVI. Inutilia quoque videbantur olim legata pœnalia, seu quæ *pœnæ nomine* relinqui dicebantur. Ejusmodi legata erant, quæ heredis magis coercendi gratia, quam liberalitatis erga legatarium exercendæ causa fierent. Sane ejusmodi legatum ita ferme definit Ulpianus: ejus enim hoc exemplum affert: *si filiam tuam in matrimonium Titio non collocaris, decem millia Seio dato fragm.* 24. 17. Proinde a vero fortasse aberrat Bynkershoekius, qui legata pœnæ nomine censuit ea tantum, quibus heredi testator illicitum aliquid, aut probrosum injungit *in dissert. de legat. pœn. nom. c.* 4. Utcumque id erit, legata pœnæ nomine relicta Justinianus præstari jussit, modo ne quid impossibile, turpe, aut legibus interdictum in eis heredibus præscriberetur §. 36. *h. t.* Hodie igitur utile legatum erit, si ita caverit in testamento testator. *Si heres filiam suam cum Titio in matrimonium non collocarit, decem millia Seio dato.* Contra inutile legatum erit, si ita testator testamento caverit. *Titius, si Mævium non occiderit, Sempronio centum dato.* Inutilia denique legata sunt, quæ quis sibi adscripserit alieno testamento

scri-

scribendo adhibitus, licet ipse testator ea dictarit. Qui autem ausus id fuerit, non solum legatum amittit, sed & lege Cornelia de falsis puniri debet *l.*15. *ff. ad leg. Cornel. de falsf. & senatusc. Libon.* Si tamen speciali subscriptione sua declaret testator, se id legatum dictasse, & legis Corneliæ pœna cessat, & legatum a legatario peti poterit *l.* 1. §. 8. *ff. eod.* Nunc, quod superest, de errore in legando admitti solito pauca moneamus.

XVII. In legando error admissus aut in legatarii, aut in rei legatæ nomine, aut in rei legatæ demonstratione, aut denique in legati causa versatur. In nomine legatarii admissus error legato non obest, modo de legatarii persona constet §. 29. *h. t.* Idem placuit de errore in rei legatæ nomine, modo de re liqueat. Utile igitur legatum erit, si quis legaturus fundum Sabinianum eum Sempronianum appellet *l.* 4. *princ. ff. de legat.*1. Utriusque jurisprudentiæ causa inde pendet, quod personarum, ac rerum significandarum gratia vocabula sunt inventa. Proinde si de personis, ac rebus aliunde constet, ob ejusmodi errorem legata infirmari non debent. Quod tamen de errore diximus in nomine rerum legatarum admisso, id quidem de vocabulis, quæ propria vocant, intellige. Si enim erratum fuerit in nomine, quod *appellativum* dicunt, legatum non consistit. Hinc si quis vestem legaturus supellectilem eam appellet, inutile legatum erit, ac neutrum debebitur *d.l.*4. *princ. ff. eod.* Ejus juris causa inde promanat, quod nomina rerum appellativa ex publica cujusque populi auctoritate pendent; privatorum autem arbitrio usque adeo indulgeri non debet, ut publicum loquendi morem invertant. Hinc ejusmodi vocabula

im-

immutabilia vocat jurisconsultus *d. l.* 4. *princ. ff. eod.* Quod ad errorem in rei demonstratione admissum, ne is quidem legatum infirmat. Nimirum demonstratio in legato est adjectio quædam, qua facilius res legata solet intelligi. Ea igitur a proprio rei vocabulo parum abest. Proinde exemplo erroris admissi in nomine rei proprio error in demonstratione admissus legatum infirmare non debet §. 30. *h. t.* Hinc si quis fundum Sabinianum legans eum a Sempronio se emisse dixerit, licet fundus ab alio fuerit emptus, legatum non infirmatur. Denique neque falsa causa legatis obest. Causa enim legandi necessario legato non hæret, & sine ulla causa legari potest, & solet. Hinc si legans testator legato adjiciat, se legare Titio, quia negotia sua curavit, licet testator id falso crediderit, legatum adhuc debetur §. 31. *h. t.* Enimvero si testator eam tantum ob causam legarit, idque ab herede probetur, exceptione doli legatarius repelletur, ubi legati causa ab herede falsa fuerit ostensa *l.* 72. §. 6. *ff. de condit. & demonstr.*

XVIII. Petendi autem legati causa tres actiones sunt in jure proditæ. Prima est personalis ex testamento, quæ ob quasi contractum aditionis adversus heredem legatario competit §. 5. *de oblig. quæ quas. ex contract. nasc.* Altera est rei vindicatio adversus quemcumque possessorem, si res legata tempore mortis in dominio testatoris fuerit. Ejus enim rei dominium statim post testatoris obitum transit in legatarium *l.* 80. *ff. de legat.* 2. Tertia actio hypothecaria est ex hypotheca promanans, quam Justinianus in omnia defuncti bona legatarios habere jussit *l.* 1. *C. commun. de legat. & fideic.* At vero ante hereditatis aditionem

le-

legatum peti non potest. Proinde, si testamentum deseruerit heres, legata corruunt §.2. *inst. de leg. Falcid.* Inde tamen olim fraudum leges uberrima. Proximi enim heredes ab intestato heredes testamento scripti hereditatem ex testamento dolose repudiabant; eamdem vero ab intestato petebant, ut legatorum, aut fideicommissorum onus effugerent. Proinde æquissime statuit edicto Prætor, ut, si factum id foret, utili ex testamento actione ad legata, & fideicommissa præstanda adigerentur heredes non secus, ac si ex testamento adita fuisset hereditas *l.* 1. *ff. si quis omiss. caus. testam.* Ab eo autem Prætoris edicto in Regno hodie recedi non debet.

TITULUS XXI.

De ademptione legatorum, & translatione.

Libertima testatori facultas est adimendi legata, si velit. Adimi autem legata solent vel ipso jure, vel ope exceptionis. Ipso quidem jure legata adimuntur vel expresse, vel tacite. Expresse adempta intelliguntur, si testamento, vel codicillis ea disertis verbis testator ademerit *princ. h. t.* Tacite adempta videbuntur, si ex facto aliquo de mutata testatoris voluntate constiterit. Ita quidem tacite legatum censetur ademptum, si testator aut legatum in testamento deleverit, aut rem legatam ita mutaverit, ut in pristinam formam redire nequeat *l.* 88. *ff. de legat.* 3. Contra exceptionis ope inducitur legatorum ademptio, si ob luculen-

ta

ta quidem indicia de mutata testatoris voluntate præsumi queat. Ita exceptione legatarius repelletur, si inter eum, & testatorem capitales inimicitiæ subortæ fuerint. Ea tamen in specie convalescet legatum, si redintegrata sit amicitia *l.* 4. *ff. de adim. vel transf. legat.*

II. Aliquando non simpliciter adimuntur legata, sed transferuntur. Legatum transferri dicitur, si ab uno transferatur in alium §. 1. *h. t.* Ut autem ab alio in alium recte fiat legati translatio, quinque saltem testes sunt adhibendi. Si id factum non fuerit, consistet quidem legati ademptio; is tamen, in quem translatio facta fuerit, legatum vindicare non potest. Ea igitur in specie legatum neutri debetur *l. ult.* §. 3. *C. de codic.*

TITULUS XXII.

De lege Falcidia.

LAtissima legandi facultas in duodecim tabulis testatori concessa fuerat. Inde fiebat, ut sæpe repudiarentur hereditates legatis exhaustæ. Ita ipsorum testatorum intererat, ut coangustaretur legandi licentia. Nam, ob nimia legata testamento deserto, res facile redire poterat ad intestati caussam. Primo igitur coercita fuit legandi licentia plebiscito Furio. Eo cautum narrat Ulpianus, ne cui quis legaret, mortisve causa donaret supra asses mille *fragm. tit.* 2. Verum eo plebiscito malo consultum non fuit, & facile eludi poterat. Licebat enim testatori tot mille assium legata scri-

be-

bere, ut nihil, aut parum ad heredem rediret. Eadem de re inutilis quoque fuit providentia legis Voconiæ anno Urbis 594. Ea quidem cautum & illud fuit, ne quis plus cuiquam legaret, quam ad heredem perveniret Cicer. 1. *in Verr.* 43. Verum post ipsam legem Voconiam in vetus incommodum res facile devenire poterat. Id sane fiebat, si minutulis legatis pars hereditatis maxima absumpta foret, ac semuncia tantum exempli gratia relinqueretur heredi. Neque enim ullus legatorum numerus præscriptus ea lege fuit. Ita opportunius videbatur legem ferri, quæ ultra certam hereditatis partem legatis absumi non fineret. Id quidem sub Augusto factum lege Falcidia, quæ & ipsa plebiscitum fuit anno Urbis 745. Prudentissime igitur ea cautum, ne quis ultra dodrantem hereditatis legatis absumeret; hereditatis vero quadrantem saltem heredi relinqueret; si minus heredibus relictum esset, legata eo usque pro rata imminuerentur, donec quarta hereditatis pars heredibus salva foret *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid.*

II. Jam vero sola legata lex Falcidia imminui jusserat, ut quarta hereditatis pars salva esset heredi. Ita per fideicommissa singularia lex Falcidia adhuc eludi poterat. Proinde post jurisconsultos opportunum censuere Principes, ut ob heredis quartam ea quoque fideicommissa possent imminui *l.* 5. *ff. ad leg. Falcid. & l.*2. *C. eod.* Non deerant tamen, qui heredes defraudarent aut donationibus mortis causa, aut donationibus conjugi fieri solitis. Ejusmodi enim donationes Falcidiæ subesse non credebantur. Quapropter, qui sequuti sunt, Principes ad eas quoque donationes Falcidiam extenderunt. Hodie igitur ratio Falcidiæ in donatio-

tionibus etiam aut mortis causa, aut inter conjuges locum habet. Nam eæ donationes non secus, ac legata, per mortem tandem confirmantur, *l.* 5. *&* 12. *C. eod.*

III. Porro legis Falcidiæ ratio in singulis heredibus observari debet §.1. *h. t. &* *l.* 77. *ff. ad leg. Falcid.* Legi igitur non videtur satisfactum, si, duobus heredibus institutis, pars quidem alterius legatis non delibetur, alterius vero legatis exhauriatur. Ceterum Falcidiæ quantitas ex patrimonii quantitate pendet. Patrisfamilias patrimonium pro diversitate temporum solet diversum esse. Verum ut de quantitate patrimonii decernatur in deductione Falcidiæ, tempus mortis spectari placuit *l.* 73. *princ. ff. eod.* Incrementum igitur, aut damnum, quod contingit post testatoris obitum, heredem sequitur. Hinc si minus quarta relictum heredi fuerit, mox autem, ob partum pecorum hereditate aucta, salvus ei sit quadrans, ab herede legata adhuc delibari poterunt §. 2. *h. t.* Enimvero si quid accesserit hereditati jacenti ex contractu defuncti, id & in patrimonio computatur, & in quartam imputari debet. Hinc si fortunæ debitoris hereditarii, qui solvendo non erat, post defuncti mortem excreverint, quod is debet, in quartæ computationem venit *l.* 56. §.1. *ff. eod.*

IV. Jam vero in defuncti patrimonio ea tantum intelliguntur esse, quæ supersunt, deductis oneribus. In onerum censum veniunt æs alienum hereditarium, impensæ funeris, & servorum in testamento manumissorum pretia §.3. *h. t.* Proinde si defuncti creditor heres sit institutus, ejus quoque debitum in Falcidiæ ratione computari debet. Licet enim inter defunctum, & heredem jus actio-

nes

nes confundi jubeat, id tamen post aditionem contingit. In computatione vero Falcidiæ non tempus aditionis, sed mortis spectatur, quo quidem tempore nondum fit actionum confusio *l. 6. princ. C. ad leg. Falcid.* Quod si cui legata sint alimenta, in ponenda legis Falcidiæ ratione alimentorum quoque quantitas imminui debet. Ea autem in specie legati delibatio pendet e vitæ longitudine, quam homini jus præstituit secundum Macri definitionem *in l. 68. ff. ad leg. Falcid.* Ibi vero a prima ætate usque ad annum trigesimum annorum triginta definitur spatium humanæ vitæ. Ibidem post annum trigesimum tot annos vivere dicuntur homines, quot ad annum sexagesimum desunt. Post annum sexagesimum anni quinque supersunt humanæ vitæ. Alimentorum igitur quantitate ad eum annorum numerum computata, tota alimentorum summa facile colligetur. Ita vero facile dignosci poterit, quatenus in deducenda Falcidia imminui alimenta debeant. Conf. doctores ad *d. l. 68. ff. eod.*

V. At vero juris publici necessitate olim quarta Falcidia debebatur heredi. Ei igitur privatorum pactis derogari non poterat. Proinde, jure pandectarum inspecto, non solum testamento testator quartæ detractionem prohibere nequit, sed inter testatorem, & heredem frustra etiam convenitur, ut Falcidiæ beneficium amittat heres *l. 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid.* Secus tamen Justiniano placuit *novell.* 1. *c.* 2. Ibi enim testatori concessum, heredi Falcidiam, si velit, auferre. Enimvero ut Falcidiam amittat heres, ejus detractio a testatore expresse prohiberi debet. Nam in dubio quidem heredi favendum erit Carpzov. *p.* 3. *c.* 5.

def.

def. 13. Si tamen heres rite non confecerit inventariūm, Falcidiam is frustra petit *l.* 22. §. 14. *C. de jur. deliber.* Si vivus quoque testator Falcidiam heredi dederit sub conditione, ut in Falcidiam imputetur testamento debitam, ab herede nihil retineri poterit, licet tota hereditas legatis fuerit exhausta *l.* 56. §. 5. *ff. ad leg. Falcid.* At vero potest prohiberi Falcidia non solum ex tota hereditate, sed ex certa re quoque. In certa re autem etiam tacite Falcidia prohiberi potest. Ita sane Falcidiam heres retinere nequit ex re vero, quam fideicommittendo testator in alicujus familiæ gratiam alienari vetuit *novell.* 119. *c.* 11.

TITULUS XXIII.

De fideicommissariis hereditatibus.

UT supra monuimus sub *tit. de legat.* novissimo Justiniani jure inter legata, & fideicommissa nil quicquam interest. Hinc Tribonianus de utrisque conjunctim egit tribus pandectarum libris *de legat. & fideicom.* Enimvero jure civili veteri inter legata, & fideicommissa latissimum discrimen erat. Legata scilicet necessitate juris astringebantur. Proinde adversus heredem legatario competebat actio, si legatum non præstaretur. Contra fideicommissa nullam juris necessitatem habebant. Quapropter qui fideicommissum præstare nollet, ad ejus præstationem per actionem compelli non poterat. Totius differentiæ ratio inde pendebat, quod legata ab ipso duodecim tabu-

larum jure firmitatem acceperant: *paterfamilias uti legassit, ita jus esto*. Verum fideicommissa per publicas leges nusquam confirmata fuerant. Ad eorum igitur præstationem heredes adigi non oportebat. Nimirum formulæ in fideicommissis adhiberi solitæ precativæ erant Ulpian. *fragm.* 25. 1. Preces igitur, seu extrema quædam mandata testatorum ad heredes complectebantur. Quapropter ut alicujus preces contemnere impune licet, ita fideicommissum heres contemnere impune poterat. Inde factum, ut ab initio testatores ad fideicommissa devenirent tandem, cum res ad fideicommissarios aliter pervenire non posset.

II. Jam vero apud veteres Romanos olim fideicommissa fuerunt prorsus ignota. Ea primum invaluerunt ob pias testatorum fraudes adversus jus publicum admitti solitas. Ex regulis scilicet Romani juris ex alieno testamento complusculi capere vetabantur. Ejusmodi exempli gratia deportati, peregrini erant. Cum igitur per leges ad eos hereditas, aut legata pervenire non possent, per secreta mandata testatores heredum fidei committebant, ut post mortem suam ipsis aut hereditatem totam, aut ejus partem aliquam restituerent. Ita primum exorta fideicommissa. Verum post legem Voconiam fideicommissa magis increbuerunt. Nimirum, ut supra vidimus, lex Voconia hereditates ad fœminas redire vetuit. Si quis igitur hereditatem ad fœminam pervenire vellet, ad fideicommissum confugiebat. Et honesti quidem heredes fideicommissa exequebantur: subdoli homines fidem fallebant impune, cum fideicommissa juris necessitate carerent. Verum in veteri sanctitudine morum fidem plerique servabant. Proinde ne ob

fidem

fidem civium fraus fieret legi Voconiæ, ii juramento promittere cogebantur, ne contra legem Voconiam quid fœminis restituerent Cicer. *de finib.* 2. 58. Voconianæ autem legis exemplum ostendit, ob Civitatis commoda civilem honestatem cum naturali aliquando non convenire. Sane contra legem Voconiam hereditatem restituere rogatus heres, si testatoris mandatum exequeretur, neglecto legum obsequio, inhonestum se præstabat civem. Si mandatum non impleret, naturali honestate contemta, se præstabat inhonestum hominem. Conf. *libr.* 1. *tit.* 1. §. 3.

III. Cum olim igitur ad fideicommissa petenda deesset actio, ea inter inter fidem, ac perfidiam, fluctuarunt ad Augustum usque. Nullum autem discrimen fecere veteres, num capaces, an incapaces fideicommissarii forent. Primus Augustus distingui jussit, utrum capacibus, an incapacibus fideicommissa relicta essent. Fideicommissa incapacibus relicta ex veteris jurisprudentiæ regulis præstari vetuit. Si capacibus relicta forent, non semel extra ordinem ipsos consules curare jussit, ut ea heredes exequerentur. His initiis eo deventum est tandem, ut fideicommissa capacibus relicta necessitatem juris haberent, Prætore creato, qui perpetuo extra ordinem de fideicommissis jus diceret §. 1. *h. t.* Ceterum fideicommissa non ejusdem sunt generis. Dividi ea solent in *universalia*, & *singularia*. Universalia vel totius hereditatis, vel ejus certæ partis restitutionem continent. Singularia res aliquas restitui jubent. Ab initio autem in fideicommissis constituendis modestiores fuerunt Romani veteres. Sane apud veteres jurisconsultos perraro invenies, fideicommissum perpetuum instituisse

quempiam. Verum ante ipsum Justiniani ævum perpetuitas fideicommissis frequentissime injungebatur. Post Imperii tamen Romani ruinas perpetua fideicommissa mirum in modum increbuerunt. Ejus rei caussas enarravi *in jur. Regn. libr.* 2. *tit.* 9. §. 2. His præstitutis, hoc titulo de fideicommissis universalibus, insequenti de singularibus sermonem instituemus.

IV. Primum omnium universale fideicommissum passim definiri solet *obliqua ratio acquirendæ hereditatis, ejusve partis*. Id fideicommissum instituturus testator primum sibi scribere debet heredem; deinde eumdem rogare, ut hereditatem, ejusve partem alteri restituat §. 2. *h. t.* Fideicommissa isthæc id singulare habent, quod eorum restitutio post certum tempus possit injungi *d.* §. 2. *h. t.* Idem in directa heredis institutione non licet, ne contra juris regulam quispiam partim testatus, partim intestatus obeat. Ea juris regula fideicommisso non obstat. Nam quandocumque ex fideicommisso restituatur hereditas, heres fiduciarius & heres esse pergit, & heres perpetuo fingitur. Vulgata enim juris est regula, semel heredem factum non desinere heredem esse *l.* 88. *ff. de hered. instit.*

V. Jam vero cum heres fiduciarius post restitutam ob fideicommissum hereditatem heres esse pergeret, is juris rigor fideicommissis exequundis impedimento erat. Restitutæ enim hereditatis emolumentum redibat ad fideicommissarium; heres vero fiduciarius a defuncti creditoribus conveniri poterat. Ita ob ejusmodi incommodum & testamenta deserebantur, & fideicommissa sæpissime corruebant. Ne igitur supremæ civium voluntates periclitarentur,

tur, Senatusconsulto Trebelliano heredibus subveniri placuit. Eo autem cautum sub Nerone fuit, ut actiones omnes, quæ in heredem, & heredi competerent, transirent in eum, cui ex fideicommissi causa hereditas restituta foret §. 4. *h. t.* & *l.* 1. §. 2. *ff. ad senatusc. Trebell.* Verum post ipsum senatusconsultum Trebellianum hereditates ob fideicommissi vinculum passim quoque recusabantur. Nam per senatusconsultum non ipso jure a creditoribus liberabatur heres, qui restituisset hereditatem: ei enim opus erat exceptione restitutæ hereditatis, ut adversus creditorum actiones tueri se posset *d. l.* 1. §. 4. *ff. eod.* Proinde ut ad ejusmodi hereditates heredes allicerentur, senatusconsulto Pegasiano sub Vespasiano cautum, ut heres fiduciarius quartam restituendæ hereditatis partem sibi retinere posset. Ita Senatusconsulto Pegasiano heredi fiduciario competere cœpit jus ei simile, quod antea lege Falcidia concessum fuerat heredi directe instituto §. 4. *h. t.* Inde autem factum, ut quarta ex senatusconsulto Pegasiano heredi fiduciario debita Falcidia etiam a veteribus dici soleat.

VI. Ante Justinianum igitur si non ultra dodrantem hereditatis ab herede fiduciario restituendum esset, ex senatusconsulto Trebelliano restituebatur hereditas. Ea autem in specie pro rata hereditaria competebant actiones in heredem fiduciarium, & fideicommissarium; in heredem quidem fiduciarium ex jure civili; in fideicommissarium vero ex senatusconsulto Trebelliano. Nam cautum eo fuerat, ut pro rata restitutæ hereditatis in fideicommissarium actiones transirent §. 6. *h. t.* Quod si ultra dodrantem hereditatis ab herede fiduciario restituendum esset, restitutio fiebat ex senatuscon-

sulto Pegasiano. Fiduciarius igitur, si vellet, quarta sibi retenta, reliquam hereditatem fideicommissario restituebat. Ne tamen ob retentam quartam solus heres fiduciarius a creditoribus conveniretur, inter eum, & fideicommissarium stipulationes interponendæ erant, ut pro rata hereditaria uterque conveniri posset. Hæ vero stipulationes *partis*, & *pro parte* dicebantur *d.* §. *6. h. t.* Vide Ulpian. *fragm.* 25. 15. Quod si heres fiduciarius, quarta non retenta, totam hereditatem restituere mallet, is post restitutam hereditatem rigore juris heres adhuc pergebat esse. A creditoribus igitur hereditariis conveniri poterat. Proinde ut ejus indemnitati prospiceretur, inter eum, & fideicommissarium stipulationes *emptæ*, & *venditæ hereditatis* interponi solebant *d.* §. *6. h. t.* Verum ejusmodi stipulationes non omnimodam securitatem præstabant heredi fiduciario. Eis enim interpositis, heres fiduciarius, rigore juris inspecto, adhuc a creditoribus conveniri poterat: tantum si quid solvisset, id ei ob prædictas stipulationes a fideicommissario restitui oportebat. Proinde Justinianus, senatusconsulto Pegasiano abolito, fideicommissas hereditates ex senatusconsulto Trebelliano restitui jussit. Si quid utile in senatusconsulto Pegasiano foret, id in senatusconsultum Trebellianum transtulit. Actiones igitur inter fiduciarium, & fideicommissarium ipso jure dividi jussit; quartam etiam hereditatis partem veluti ex senatusconsulto Trebelliano a fiduciario retineri concessit §. 7. *h.t.* Hinc quarta isthæc non Pegasiana quidem, sed Trebellianica hodie dici solet. Hæc vero Justinianus observari jussit non solum, si heres fiduciarius ex asse institutus esset, verum etiam si scri-

ptus

ptus foret heres ex parte cum restitutionis onere §. 8. & 9. *h.t.* Si quis igitur in triente scribatur heres cum fideicommissi onere, quarta trientis parte sibi retenta, reliquum restituere debet.

VII. Porro, quod diximus, actiones hereditarias inter fiduciarium, & fideicommissarium ipso quidem jure divisas intelligi, id quidem obtinet, si fiduciarius aut simpliciter sit institutus cum restitutionis onere, aut quartam hereditatis partem retinere sit jussus. Nam si quis certam aut rem, aut summam jubeatur præcipere, hereditatem autem alteri restituere, ea in specie in fideicommissarium transeunt actiones omnes. Id ipsum autem obtinebit, licet res, aut summa præcepta hereditatis partem longe maximam complectatur §. 9. *h.t.* Ejus juris eam rationem reddit Marcianus *in l.*30.§.3. *ff. ad senatusc. Trebell.* quia scilicet res, aut summa præcepta *jure hereditario non retinetur.* Ceterum jure novissimo testatori licet heredi fiduciario Trebellianicam quartam adimere *novell.* 1. *c.*2. Si autem id factum a testatore fuerit, locum habere non poterit vulgata quæstio, *an filius institutus cum restituendæ hereditatis onere duplicem quartam retinere possit*, legitimam scilicet, & Trebellianicam. Ea tamen de re vide, quæ scripsi *in syntagm. h. t.* §. 7.

VIII. Denique non tantum fiduciarius heres fideicommisso restituendæ hereditatis gravari potest, sed ipse quoque fideicommissarius a testatore recte gravatur, ut, quod ex hereditate accepit, totum, partemve restituat §. 11. *h. t.* Ea tamen in specie tantum primus heres quartæ Trebellianicæ retinendæ jus habet *l.* 47. §. 1. *ff. ad leg. Falcid.* Enimvero si heres fiduciarius in ipsius fideicom-

missarii gratiam quartam sibi non retinuerit, ipse fideicommissarius Trebellianicam retinere poterit *l.* 1. §. 19. *ff. ad senatusc. Trebell.* At vero cum fideicommissa ab initio ab ipsa heredum fide manarint, ordinaria quidem probatione ea non indigent. Proinde siquidem fideicommissum heres confessus fuerit, id omnino præstari debet, licet in eo legitimus quinque testium numerus non fuerit adhibitus §. 12. *h. t.* Sin fideicommissum inficietur heres, ei fideicommissarius juramentum deferre poterit. Si de fideicommisso juramentum heres præstare nolit, eum veluti pro confesso damnari jussit Justinianus *d.* §. 12. *h. t.*

TITULUS XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

PEr fideicommissum singulare quoque verbis precativis rogatur heres, legatarius, fideicommissarius rem certam alteri restituere seu statim post testatoris obitum, seu quandocumque ei libuerit. Ejusmodi fideicommissum in duobus potissimum ab universali distat. Primo enim ex fideicommisso singulari quarta retineri nequit *l.* 47. §. 1. *ff. ad leg. Falcid.* Deinde in fideicommisso singulari non totius quidem hereditatis, ejusve partis, sed certæ rei testator restitutionem injungit. Ejusmodi fideicommissum erit, si exempli gratia domum, aut fundum restituere rogetur heres, aut legatarius. Quod igitur legatum ab hereditate differt, singulare fideicommissum ab universali distat. Proinde

cum

cum fideicommissa singularia ad legata proxime accederent, ea tantum legatis exæquari jussit Justinianus *l.* 2. *C. commun. de legat.* Cave tamen, existimes, per eam exæquationem legata, & fideicommissa a Justiniano omnino fuisse confusa. Nam ex ipso jure novissimo directo relicta legata erunt; precative relicta fideicommissa censeri debent. Suam igitur exæquutionem eo tantum pertinere voluit Justinianus, ut porro idem jus de legatis, & fideicommissis esset. Per eam autem Justiniani exæquationem factum est, ut legatorum, & fideicommissorum commoda mutuo communicata fuerint. Inde fit, ut actiones legato petendo institutæ ad fideicommissa quoque petenda hodie recte extendantur. Indidem quoque promanat, ut si quid hodie legato deest, quominus jure legati sustineri queat, jure fideicommissi sustineri possit.



TI.

TITULUS ULTIMUS.

De codicillis.

Apud veteres codicilli erant epistolæ ad præsentes homines scribi solitæ. Res apprime liquet ex Seneca *epist.* 55. Hinc in pandectis codicillos plerumque in epistolæ formam conceptos invenies. Quemadmodum vero ab initio suo fideicommissa nulla necessitate juris astringebatur, ita olim codicilli quoque nullam juris necessitatem habebant. Proinde ad eos implendos heredes compelli non poterant. Augustus primum codicillis necessitatem juris accommodavit. De novi hujus juris origine ita traditur. Lucius Lentulus in Africa decedens heredem Augustum sibi scripserat, eique per codicillos nescio quid fieri mandaverat. Augustus non solum extrema amici mandata implevit, sed rem eo quoque redegit, ut generatim in posterum codicilli necessitatem juris haberent. Invidiosum tamen Augusto fuisset, si codicillis incognitis in jure civili edicto suo necessitatem juris accommodasset. In consessu igitur jurisconsultorum definiri jussit, an absonum a jure foret, si codicilli reciperentur in Civitatem. Codicillorum usum adprobarunt omnes; præsertim vero Trebatius eorum utilitatem, & necessitatem ostendit. Aiebat enim, eis opportunissime uti posse cives, qui inter longas peregrinationes de rebus suis statuere testamento non possent, si deessent testes Romani cives. Interea Labeo jurisconsultus auctoritatis eximiæ

miæ moriens codicillos & ipse scripsit. Exinde publico veluti consensu codicillis auctoritas juris accessit *princ. h. t.* Ita autem codicilli recepti ad ipsorum firmitatem non aliud ab initio requirebant, quam ut de defuncti voluntate constaret *l. 89. princ. ff. de legat. 2.* Verum ex constitutionibus Principum in codicillis hodie quinque saltem testes sunt adhibendi *l. fin. §. 3. C. de codicill.*

II. Porro ab initio fortasse olim tantum ab eo fieri codicilli poterant, qui cum testamento decederet. Heredes ab intestato, quibus non voluntate testatoris, sed jussu legis deferebatur hereditas, codicillis non videbantur gravari posse. Verum heredes quoque legitimi ab ipsius defuncti voluntate hereditatem debent agnoscere: ab eo enim per testamentum excludi possunt. Ita ab intestato etiam codicillos fieri concessum *l. 8. princ. & §. 1. ff. de jur. codicill.* Codicilli autem testamentorum exemplo, prout vel scripto, vel voce fiunt, recte dividuntur in *scriptos*, & *nuncupativos*. Cuicuimodi codicilli fuerint, ii aut *confirmati*, aut *non confirmati* testamento sunt. Confirmantur testamento codicilli, si ita testator in eo caveat: *si quos codicillos fecero, ratos haberi volo*. Singulare olim codicillorum erat, qui testamento confirmati forent, quod in eis relicta legatorum exemplo directo etiam jure valerent *l. 43. ff. de manum. testam.* Verum post exequationem legatorum, & fideicommissorum a Justiniano factam, quæ hodie relinquuntur in codicillis, jure etiam directo valent. Hodie igitur in codicillis directe etiam legari potest. Id ipsum tamen ultra legata extendi non debet. Nam Justinianus tantum legata fideicommissis exæquari jussit. Directas hereditates fi-

deicommissis exæquari vetuit. Hinc hodie directe quidem in codicillis legari potest; verum nec directa institutio, nec exheredatio in codicillis permittitur. Tantum in codicillis testatori licet rogare heredem seu legitimum, seu testamentarium, ut alteri hereditatem ex fideicommisso restituat *l.* 2. *C. de codicill.* & §. 2. *h. t.* In codicillis etiam non institui quidem, sed declarari potest heres testamento institutus. Ea enim in specie, ut Papinianus ait, *hereditas testamento data videtur l.* 77. *ff. de hered. instit.*

III. Jam vero superior formula, *si quos codicillos fecero, ratos haberi volo*, codicillos confirmabat olim tantum testamento posteriores; eos, qui testamentum præcesserant, confirmare non poterat. Ut enim codicilli testamento anteriores firmitatem obtinerent, vel ipso testamento, vel aliis codicillis testamento posterioribus confirmari debebant *l.* 5. *ff. de jur. codicill.* aliter per testamentum revocati censebantur olim. Ejus autem juris ratio facile reddi potest. Testator in testamento scilicet de bonorum universitate testatur: qui autem de universitate testatur, singularem, quæ præcesserit, testationem revocare præsumitur. Id an mutatum fuerit per constitutionem Severi, & Antonini, quæ memoratur in §. 1. *h.t.* late disputat Bynkershoekius *observat.* 8. 13. Utrumque ea de re jus civile fuerit, recepta in foro hodie sententia est, codicillos testamento anteriores tacite a testatore confirmatos intelligi, nisi expresse revocati fuerint ob glossæ auctoritatem ad *d. l.* 5. *ff. h. t.* Quid si post codicillos ab intestato factos postumus agnascatur, ii rumpentur agnatione postumi testamentorum exemplo? Subtili ratione negat id Paulus

lus *in l. 16. ff. eod.* Sic enim ibi jurisconsultus: *Codicilli locum habent, quicumque ab intestato successerit: unum enim casum esse, nec interesse, quis succedat, dummodo ab intestato succedat.* Sed de ipsis codicillorum solemnibus pauca moneamus.

IV. Definiri passim codicilli solent *minus solemnis testati, aut intestati voluntas.* Verum ita quidem definiri codicilli solent, quia scrupulosis solemnibus testamentorum haud subsunt: ceteroquin & ipsi suas solemnitates habent. Primo enim seu scripto, seu nuncupatione fiant, in eis quinque testes sunt adhibendi: testium tantum rogatio in eis non requiritur testamentorum exemplo *l. 8. §. 3. C. de codicill.* Deinde si scripti sint codicilli, testium quidem subsignatio impune negligitur, eorum tamen subscriptio omitti non potest *d. l. 8. §. 3. C. eod.* At vero perperam quidam a dicendo testimonio in codicillis mulieres arcent. Neque enim ea in re a testamentis ad codicillos argumentum desumi potest. Mulierum scilicet testimonium in testamentis jus admitti vetat, quia testamenta in comitiis condebantur olim: mulieres autem comitiis olim interesse non poterant. Contra codicillis, ut vidimus, originem dederunt testatorum epistolæ. In ipsis ab initio testium nulla necessitas. Per Principum constitutiones in codicillis etiam testes adhiberi sunt jussi: in eis tamen testes non ad solemnitatem, sed ad nudam actus probationem adhiberi placuit. Cum igitur in nuda probatione mulierum testimonium leges non improbent, earum etiam testimonium in codicillis legitimum censeri debet. Conf. Samuel. de Cocc. *in jur. controv. libr. 29. tit. 7. quæst. 4.*

V.

V. Finem hic faciat clausula codicillaris testamentis apponi solita. Eam testamentis clausulam testatores adjiciunt, ut si ob aliquam civilem solemnitatem omissam testamentum jure testamenti consistere nequeat, jure codicillorum saltem sustineri possit. Hinc clausulam codicillarem testatores passim ita concipiunt: *si testamentum jure testamenti non valeat, jure codicillorum ratum haberi volo*. Si id factum a testatore fuerit, & ob testamenti vitium res ad causam intestati redeat, heredes testamento scripti hereditatis commodum non amittunt. Nam per clausulam codicillarem rogati censentur heredes ab intestato, ut restituant hereditatem eis, qui heredes in testamento sunt instituti. Ut autem supra vidimus, heredem seu legitimum, seu testamentarium testator per codicillos rogare potest, ut alteri hereditatem restituat. Non absurde igitur pragmatici hanc clausulam *herbam betonicam* appellare solent. Ut enim herba isthæc vitia corporis complura curat, ita clausula codicillaris testamenti vitiis mederi solet. Ut autem ex clausula codicillari restituatur hereditas, sat quidem erit, ut in testamento sola codicillorum solemnia fuerint adhibita *l.* 8. §. 1. *C. de codicill.* Ea tamen in specie heredes legitimi quartam Trebellianicam retinere poterunt secundum ea, quæ supra docuimus *libr.* 2. *tit.* 23.

Finis libri secundi.



ANT 14 10 232